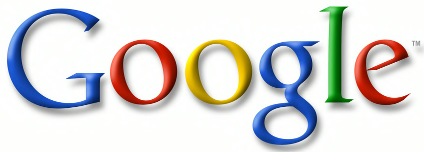
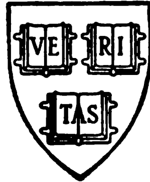



HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 059 178 418


VE
RI
TAS

Holland

BESCHOUWINGEN

OVER

DE VERBINTENIS

UIT

ONRECHTMATIGE DAAD,

DOOR

MR. N. K. F. LAND,

Hoogleeraar te Groningen.

HAARLEM.
DE ERVEN F. BOHN.
1896.

BESCHOUWINGEN

OVER

DE VERBINTENIS

UIT

ONRECHTMATIGE DAAD,

DOOR

MR. N. K. F. LAND,

Hoogleeraar te Groningen.



HAARLEM.
DE ERVEN F. BOHN.
1896.

INHOUDSOPGAVE.

Bl. 1. **Inleiding.**

„ 3. **Geschiedenis van artt. 1382 v. C. c. en 1401 v. B. W. Beteekenis dier bepalingen. De ruimere opvatting, in de laatste tijden meer en meer in zwang, is moeilijk met de wet te rijmen.**

„ 43. **Erkend moet echter worden, dat onze wet ten aanzien der verbintenissen uit onrechtmatige daad zeer onvolledig is.**

„ 47. **Den rechter mag niet de vrijheid worden gelaten, zich bij zijne rechtspraak los te maken van de wet (bl. 68), al zou men dit misschien kunnen wenschen in het belang van de rechtsvorming, bepaaldelijk van rechtsvorming in meer socialen geest.**

„ 67. **De ruimere opvatting van art. 1401 — en eveneens de toekenning van meerdere vrijheid aan den rechter — zoude waarschijnlijk in de toepassing meer nadeel dan voordeel geven. Bovendien zoude daarmede niet voorzien zijn in allerlei gevallen, die dringend voorziening behoeven.**

„ 88. **De toepassing der nieuwere leer omtrent art. 1401 nagegaan bij eenige voorname gevallen [1]).**

---

[1]) Bij bl. 89 n. 1 kan nog worden aangeteekend:

Het Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes dagteekent van 27 Mei 1896.

Over het Zwitsersche recht omtrent dit onderwerp is nog te vergelijken art. 78 van het Ontwerp van Stoos, Basel en Genève, 1894; verder Schweiz. Zschr. für Strafrecht IX, Heft 1 en 2.

Het op bl. 106 in de noot geciteerde vonnis der rechtbank van Breda is gedateerd 24 Maart 1896 en te vinden in W. 6815.

Bl. 139. Met volkomen instemming van de noodzakelijkheid van krachtiger rechtsvorming, in 't bijzonder bij het verbintenissenrecht — en ook in socialen geest — heb ik bedenkingen tegen (bl. 142) het in rekening laten brengen van de nietgeldelijke schade, en (bl. 157) tegen het aansprakelijk stellen voor schade ook buiten schuld [1]).

„ 175. Enkele wenken omtrent de wijze, waarop de onvolledigheid van het verbintenissenrecht — en het onvoldoende van de rechtsvorming in meer socialen geest — zou kunnen worden verholpen.

---

[1]) Na het afdrukken van bl. 162 v. kwam mij het opstel in handen van Mr. A. P. Th. Eyssell in Themis 1896, bl. 175—201: Verantwoordelijkheid voor werklieden. Eene onhoudbare wetsbepaling. Hij wijst daarbij op de schromelijke onbillijkheden, waartoe de bepaling van art. 1403 kan leiden, vooral in onze toestanden. Ik geef dit volkomen toe, en zoude ook op dit punt nadere regeling wenschen; maar ik vrees dat een volmaakt billijke regeling moeilijk zal te treffen zijn, en dat wij dezen regel dus wel hebben te behouden bij gebrek aan beter en om nog grootere onbillijkheden te ontgaan.

Dat de verbintenis uit „onrechtmatige daad" eene eerste plaats inneemt onder de leerstukken, waarover de meeningen der civilisten verdeeld zijn, is volkomen verklaarbaar. Eerder zoude het verwondering kunnen wekken, dat hierbij ook de gewichtigste vragen door velen plegen beslist te worden, zonder dat men in de meeste gevallen kan bespeuren, dat aan die beslissing een mate van beraad en van onderzoek is voorafgegaan, die aan het belang der zaak evenredig mag heeten. Doch ook dit laat zich gereedelijk verklaren; eene beslissing is noodig, eene beslissing in een bepaalden geest wordt veelal gewenscht, en men stelt zich tevreden met een vrij summier onderzoek, of men legt zich neder bij autoriteiten, hoewel ook deze wellicht over het onderwerp — dat bij zoovele vragen ter sprake komt — wel eene meening hebben geuit, maar zonder dat zij dat onderwerp altijd zelf in alle richtingen hebben onderzocht.

Er bestaat ongetwijfeld eene neiging tot eene ruime opvatting van de verantwoordelijkheid voor onrechtmatige daden; althans wanneer de vragen in het algemeen worden gesteld, minder misschien wanneer het de toepassing geldt op de bijzondere gevallen. Alle gewicht wordt gelegd op de aanspraak, die de benadeelde mag maken op schadeloosstelling; de verplichting van den dader om die schadeloosstelling te geven wordt aanvaard als een noodzakelijk gevolg, terwijl men zich verheugt op deze wijze bovendien de objectieve rechtsorde over ongerechtigheid van allerlei aard te doen zegevieren. Het bezwaar, dat de wet tot een ander besluit

zoude schijnen te leiden, wordt ondervangen door de redeneering, dat de wet zelve in dit geval verwijst naar de eischen van billijkheid en van maatschappelijke orde. Dat bij de theorie, die aan het recht boven de wet de heerschappij toekent, een dergelijk bezwaar zich niet doet gevoelen, ligt voor de hand.

Maar ook eene meer beperkte beteekenis van den bij artt. 1401 en 1402 B. W. gegeven regel wordt verdedigd. De dader heeft allicht minder breede opvattingen omtrent zijne verplichtingen dan de benadeelde omtrent zijne aanspraken, en hij zal de juistheid van zijne zienswijze staande houden, sterk reeds door zijne positie als gedaagde, waarin hij kan volstaan met weigering om te voldoen, zoolang niet de eischer afdoende gronden bijbrengt om hem te doen veroordeelen. En niet alleen in jure constituto, maar ook in jure constituendo wordt de meer beperkte verplichting tot schadevergoeding verdedigd; ongetwijfeld is het dan toch ook een eisch van billijkheid en van gerechtigheid, dat aan beide partijen wordt gedacht, dat naar beider redeneeringen wordt geluisterd.

Wanneer ik mij nu voorstel dit onderwerp te gaan behandelen — met eenige uitvoerigheid en soms met eenige uitweidingen, voorzoover de zaak zelve die medebrengt —, dan vlei ik mij zeker niet het met al de daarbij ter sprake komende vragen tot oplossing te brengen; ik wensch echter in de eerste plaats die vragen nader te bepalen, en meen dat reeds daarmede iets kan worden gewonnen. Voorzoover noodig wil ik nog verklaren, dat ik slechts een onderzoek en allerminst een pleidooi beöog. Indien ik tot eenig besluit mag geraken, zal ik reeds voldaan zijn; een besluit in eene bepaalde richting zoek ik niet. Bij sommigen kan dit eene aanbeveling, bij anderen een reden van afkeuring zijn, terwijl enkelen misschien een dergelijke verklaring niet dan eenigszins sceptisch zullen aannemen; in allen gevalle, ik meen die verklaring te mogen en te moeten geven.

De allereerste vraag is, hoever strekt zich vôlgens onze wet het begrip uit van de „verbintenis uit onrechtmatige daad"? In zekere mate wordt het bepaald door de plaats zelve, door dit instituut in het rechtssysteem ingenomen. Het is eene verbintenis, een relatief vermogensrecht; die verbintenis ontstaat uit de wet, en wel in het bijzonder uit de wet ten gevolge van 's menschen toedoen, en nog meer bepaald, alleen uit eene onrechtmatige daad; zie artt. 1269, 1388 en 1389 B. W. Daarmede zijn de grenzen van het begrip aangegeven; de rechtsvordering op grond van onrechtmatige daad ligt naast die welke uit een anderen rechtsgrond ontstaan, uit een absoluut recht, uit eene overeenkomst [1]), uit eene verbintenis ten gevolge van 's menschen toedoen uit rechtmatige daad. Nu mag zeker dit punt niet uit het oog worden verloren, maar reeds in zoover is het van minder gewicht, als toch bij gelegenheid van al die andere rechtsbetrekkingen ook eene verbintenis uit onrechtmatige daad kan ontstaan; men zal in zulke gevallen art. 1401 niet kunnen toepassen, wanneer de toepasselijkheid daarvan op dit bijzondere geval niet behoorlijk is onderzocht, maar bij dat onderzoek zal het weder niet afdoen, of ook eene andere actie in ditzelfde geval zou kunnen gelden. Doch het blijft ook dan toch de vraag, hoever strekt zich het eigen gebied uit van de verbintenis uit onrechtmatige daad? Wat is zijn inhoud? Op dit punt zijn de uitspraken van onzen wetgever al buitengewoon sober.

[1]) Het zal onnoodig zijn, de onderscheiding tusschen de verbintenis uit overeenkomst en die uit onrechtmatige daad nader uit te werken. Verg. Opzoomer V bl. 28 v. VI bl. 314 v.

Art. 1382 C. c. had bepaald: Tout fait quelconque qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Algemeen werd dit „fait quelconque" intusschen opgevat als „un fait illicite", hetzij op grond van art. 1370 C. c. en van het opschrift der afdeeling, waar gesproken werd van Délits ou quasi-délits, hetzij omdat „faute" ook de (objectieve) onrechtmatigheid der handeling zoude insluiten [1]). Wat overigens de eigenlijke beteekenis was van „illicite", stond geenszins vast, al was daarover nog niet de strijd van meeningen ontbrand, dien wij beleven. Toen onze wetgever nu ter verduidelijking der bepaling het woord „wederregtelijk" invoegde, dat later vervangen werd door „onregtmatig", met „illicite" in den Franschen tekst [2]), was door die bijvoeging weinig aan de zaak veranderd. De regeering „bezigde dit woord met opzet, om te doen ophouden de menigvuldige twistgedingen, welke art. 1382 heeft opgeleverd, daar het van zelf spreekt, dat *elke* daad die schade veroorzaakt, geenen grond tot schadevergoeding oplevert; maar dat de onregtmatigheid der daad, daartoe alleen kan aanleiding geven" [3]). Het blijkt reeds uit deze aanhaling, dat de regeering meende met de invoeging van het woord „onregtmatig" de bepaling duidelijker te hebben gemaakt dan zij eigenlijk reeds was. De centrale afdeeling opperde nog de bedenking, dat „er vele daden zijn, op zich zelve regtmatig, doch welke aansprakelijk maken", en dat „men buiten volstrekte noodzakelijkheid, van geene oude en bekende uitdrukkingen moet afgaan (men dacht hierbij aan de termen: délit en quasi-délit), wegens de onzekerheid van den zin, dien men aan de nieuwe woorden hechten zal" [4]); maar de bepaling is ongewijzigd gebleven. Trouwens die bezwaren van de centrale afdeeling tegen het woord „onregtmatig" waren niet buitengewoon ge-

---

[1]) Toullier XI n. 118 v. Cf. Demante (Colmet de Santerre) ad art. Marcadé ad art. sub 1.

[2]) Voorduin V bl. 82. Noordziek 1824—1825 bl. 181 v. Tegenover de „wederregtelijke" daden stonden de „geoorloofde"; Noordziek bl. 96.

[3]) Voorduin t. a. p. Noordziek bl. 531.

[4]) Noordziek bl. 621. Verg. Voorduin bl. 71.

wichtig; wanneer men ook aansprakelijkheid erkende voor „vele daden, op zich zelve rechtmatig", dan is het niet duidelijk, in hoever die aansprakelijkheid verkregen zoude worden door weder van délits en quasi-délits te gaan spreken; wilde men hiertoe overgaan, dan moest men wel aan de regeering toegeven, dat op deze plaats in het bijzonder sprake is van onrechtmatige daden; de „daden, op zich zelve regtmatig", waren in de voorafgaande artikelen behandeld. De nieuwe bepaling werd door het lid der commissie van redactie, Barthélémy, eenigszins nader toegelicht. Het „fait *quelconque*" van art. 1382, zeide hij, was naar de meening der beste uitleggers onjuist, „attendu que celui qui ne fait qu'user de son droit, ne peut faire injure à personne. Si cependant, en usant de son droit, on causait un dommage par sa *négligence* ou son *imprudence*, on serait responsable, non à cause du fait *en soi*, mais à cause de la *négligence* ou de *l'imprudence*, qui aurait accompagné le fait" [1]). Onder die voornaamste uitleggers is in het bijzonder Toullier te verstaan [2]); op hem beriep zich ook de regeering, toen zij „de uitdrukking van quasi-delicten en: quasi-kontrakten uit de wetgeving vermeende te moeten verbannen" (Voorduin bl. 71), en bij hem in n. 119 vinden wij dezelfde redeneering als van Barthélémy: On ne peut être en faute, en faisant ce qu'on a droit de faire, pourvu qu'on n'excède pas les justes limites de son droit, en bovendien mits men niet opzettelijk zijn recht uitoefene op eene wijze, die voor anderen nadeelig kan zijn, want malitiis non est indulgendum.

Ook door Asser, Vergelijking § 716, wordt de bijvoeging van het woord „onrechtmatig" geprezen. In art. 1401, zegt hij nl., wordt vereischt het plegen van een misdrijf of van zoodanige handeling, welke daarmede wordt gelijk gesteld; het beginsel van het „tout fait quelconque", hetwelk tot zoovele twistgedingen heeft aanleiding gegeven, is, wanneer men

[1]) Voorduin bl. 82 v.

[2]) Het is duidelijk, dat hier alleen aan de toentertijde bestaande commentaren kan worden gedacht.

de zaak doorgrondt, volkomen onjuist. Hij licht deze beschouwing, die zich geheel aansluit bij de bovengenoemde verklaring van de regeering, met een paar voorbeelden toe: het optrekken van een gebouw, waardoor het aangrenzend erf in waarde wordt verminderd, het afleggen van een gunstig getuigenis omtrent gegoedheid of zedelijk gedrag, moge schade veroorzaken en schuld (faute) in zich sluiten, maar eene dergelijke handelwijze is niet onrechtmatig en heeft dus geene verplichting tot schadevergoeding ten gevolge.

Door de invoeging van het woord „onrechtmatig", zeide ik, was weinig aan de zaak veranderd. De vraag was minder, of het „fait quelconque" alleen doelde op eene onrechtmatige daad; volgens de regeering „spreekt dit van zelf". De moeilijkheid is veeleer gelegen in de beteekenis van „onrechtmatige daad", en daaromtrent vinden wij nog dezelfde bonte verscheidenheid van meeningen als bij de Fransche auteurs omtrent „tout fait quelconque". Hieronder verstaan sommigen eene daad, die verboden is door het recht, anderen meer algemeen elke daad, die ongeoorloofd, d. i. met de eischen der zedelijkheid in strijd is. Onder hen, die „onrechtmatig" opvatten als strijdig met het recht, zijn er weder, die daarbij denken aan de krenking van een subjectief recht van den benadeelde; soms worden deze subjectieve rechten in ruimen zin genomen en daaronder ook een algemeen recht op de persoonlijkheid gebracht; in dat geval nadert men tot de voorstelling van hen, die reeds in eene ongeoorloofde handeling een grond zien voor onze actie. Gewoonlijk evenwel is het eene krenking van het objectieve recht, die men meent met het woord „onrechtmatige daad" bedoeld te zijn. Doch dan is men het er weder niet over eens, welke regel hier door het objectieve recht gesteld wordt. De een acht ieder bevoegd van zijne natuurlijke vrijheid gebruik te maken, wanneer niet eenigerlei verbod die vrijheid heeft beperkt, de ander daarentegen erkent reeds eene verplichting tot schadevergoeding, zoodra schade is toegebracht zonder dat de dader van een eigen subjectief recht gebruik maakte.

Verder valt nog op te merken dat, vooral bij oudere

auteurs, een zekere samenhang wordt aangenomen tusschen art. 1401 en de Romeinsche actio ex lege Aquilia, in zoover dat er hier eigenlijk sprake zou zijn van beschadiging, zij deze dan ook in ruimen zin op te vatten; doch gewoonlijk acht men de actie van art. 1401 toepasselijk bij elke schade, ook indien deze niet in de lijn van het bedoelde Damnum valt.

Overigens is niet altijd bij elken schrijver duidelijk te herkennen, welke van de verschillende meeningen hij is toegedaan; wij vinden dikwijls uitingen, die op meer dan eene van de bovengenoemde beschouwingen zouden kunnen doelen.

Dat de actie uit onrechtmatige daad niet de strekking heeft om direct op te komen tegen de krenking van eenig subjectief recht van den benadeelde, ligt voor de hand. Die subjectieve rechten worden op het bewijs van hun titel van aankomst door hunne eigene, op die rechten berustende, rechtsmiddelen gehandhaafd. Geldt het een absoluut recht, dan heeft ieder zich te onthouden van alles, waardoor het zou kunnen worden geschonden; elke inbreuk op het recht levert grond op tot eene actie, die den eischer het genot zal verschaffen van het hem toebehoorende recht en voorzoover noodig het tijdelijk of gedeeltelijk verlies daarvan zal herstellen. Wordt tegen een relatief recht, bepaaldelijk tegen eene overeenkomst gezondigd, dan zal de schuldenaar door eene persoonlijke rechtsvordering gedwongen kunnen worden om goed te maken, wat hij tegen zijnen schuldeischer door doen of niet-doen misdreven heeft. Maar naast de rechtsvorderingen, waardoor eenig op een bepaalden titel berustend recht wordt gehandhaafd, staat hier de actie tot voldoening van schade, door eene onrechtmatige daad toegebracht. De daad zelve is het, die in dit geval eene rechtsbetrekking doet ontstaan. Terwijl onze natuurlijke vrijheid reeds beperkt is door de velerlei absolute rechten, die wij hebben te ontzien, en eveneens door de banden, die wij ons zelven hebben aangelegd door het sluiten van overeenkomsten, is er nog een ruim veld, waar onze vrijheid bedreigd wordt door het gevaar, dat wij op een gegeven oogenblik zullen worden aan-

gegrepen door wat de wetgever — minder passend, daar toch de verbindende kracht der overeenkomst evenzeer gezegd kan worden op de wet te berusten — noemt eene „verbintenis die ontstaat uit de wet". Verscheidene van deze verbintenissen uit de wet staan in zoover op ééne lijn met de verbintenissen uit overeenkomst, dat daarbij de wetgever een dergelijken band ons aanlegt als bij de overeenkomsten door de partijen zelve geschiedt; de verplichtingen van den schuldenaar kunnen daar van even verschillenden aard zijn als bij overeenkomsten het geval is, zoodat de term: obligatio quasi ex contractu daarbij niet zoo geheel ongepast mag heeten. Maar een bijzondere groep van die verbintenissen — en juist deze is het, die ons hier bezig houdt — heeft eene zeer beperkte strekking: door de onrechtmatige daad ontstaat de verplichting om de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden. Vóór het plegen dier daad bestond er voor den dader geen verplichting, voor den eischer geen recht [1]); en na het plegen der daad is de een verplicht, de ander gerechtigd tot vergoeding der geledene schade; de rekening van die schade wordt opgemaakt [2]), en de schuldenaar heeft eenvoudig aan den benadeelde dat bedrag te voldoen. Wanneer nu door sommigen voor deze verbintenis gevorderd wordt, dat de dader een recht van den benadeelde heeft gekrenkt [3]), dan kan dit alleen dezen zin hebben, dat de schade moet bestaan in de krenking van een belang, dat als een recht is erkend; maar dan zal men, daar anders reeds op grond van dat recht kan worden geageerd en dus deze actie onnoodig zoude zijn, het begrip van (subjectief) recht ruimer moeten nemen dan wij

[1]) Zie ook Diephuis X bl. 21 v. en XI bl. 71: Hij betoogt dat het: neminem laedere geen algemeene verbintenis uitmaakt, en maakt daarbij de schalksche opmerking, dat zulk een rechtsbetrekking, uit kracht waarvan de een den ander geen nadeel mag toebrengen, toch moeilijk kan worden aangenomen b.v. tusschen zijn barbier en den Engelschen Consul op Madera.

[2]) Dat hierbij niet dezelfde regelen gelden als bij het niet-nakomen eener overeenkomst, is voor ons op dit oogenblik een punt zonder belang.

[3]) Zie b.v. Demolombe n. 665 v. Demante (Colmet de Santerre) ad art.

het hierboven, naar het gewone spraakgebruik, deden, en daaronder b.v. ook hebben te brengen het recht om in lijf en leden of in gezondheid niet benadeeld te worden. Het stellen van een dergelijk vereischte heeft dan weinig beteekenis, zoolang niet nader gepreciseerd is, wat onder die rechten in ruimeren zin gebracht kan worden; trouwens juist dat is het eigenlijke probleem, waarvoor wij met art. 1401 gesteld worden [1]).

De onrechtmatigheid der daad hebben wij dus als eene objectieve op te vatten, als de overtreding van zekere regelen, hetzij van wettelijken of van zedelijken aard, waaraan de dader zich bij zijne handeling heeft schuldig gemaakt. Maar welke zijn die regelen? Hoewel wij zullen zien, dat de geschiedenis onzer bepaling wijst op een zekeren samenhang met het damnum injuria datum der lex Aquilia, is het toch niet aannemelijk, dat wij hier uitsluitend aan dat delict zouden hebben te denken; behalve het damnum ex lege Aquilia toch worden er in het Romeinsche recht nog verscheidene andere delicten genoemd — en vertoonen zij zich zeker maar al te dikwijls ook tot in onzen tijd — zoodat het zoo goed als ondenkbaar zou zijn, dat de wetgever niet ook daarbij eene actie tot schadevergoeding zou hebben toegekend. Wij zien dan ook in de wet zelve bewijzen genoeg, dat de civiele actie in het algemeen bij allerlei misdrijven toepasselijk is. Hieromtrent bestaat ook werkelijk geen verschil van meening; zelfs vinden wij telkens de opmerking gemaakt, en blijkbaar zonder dat daarbij eenige tegenspraak verwacht wordt, dat het voldoende is, wanneer de wetgever eene handeling verboden of ongeoorloofd verklaart, ook al bedreigt hij haar niet met straf; zoo bij het stellionaat (art. 2059 C. c., art. 711 Rv.) [2]).

---

[1]) Om alle mogelijkheid van misverstand uit te sluiten merk ik op, dat ik aan de bedoelde rechten niet alle gewicht wil ontzeggen. In hoeverre zij bescherming vinden of behooren te vinden in de actie van art. 1401, zullen wij later hebben te onderzoeken. Hier echter beweer ik alleen, dat zij niet met de subjectieve rechten in den gewonen zin gelijkstaan.

[2]) Zie b.v. Zachariae § 443. Marcadé in de inleiding op L. III T. IV.

Wel echter zijn de meeningen verdeeld omtrent twee punten. In de eerste plaats: is het toebrengen van schade reeds onrechtmatig op grond dat de dader niet gerechtigd was tot zijne handeling, of moet de benadeelde aantoonen dat de dader den een of den anderen regel heeft overschreden? Dat men bevoegd is zijn recht te gebruiken, hoewel misschien met zeker voorbehoud, wordt telkens op dén voorgrond gesteld; maar hoe, wanneer men schade toebrengt zonder dat men een recht uitoefent? Velen meenen ook dan in het algemeen geene verplichting tot schadevergoeding te moeten opleggen, daar toch ieder bevoegd is zijne natuurlijke vrijheid te gebruiken; men pleegt daarbij te wijzen op de bekende definitie van § 1 Inst. I, 3: Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet nisi si quid aut vi aut jure prohibetur, en op art. 5 der Déclaration des droits de l'homme: Tout ce qui n'est pas défendu par la loi est permis et ne peut être empêché. [1]). Anderen daarentegen beschouwen het uitoefenen van een eigen recht als eene uitzondering op den algemeenen regel van aansprakelijkheid. Vooral zij die onze bepaling met de lex Aquilia in verband brengen, zijn geneigd tot deze opvatting; zij achten het beschadigen van eens anders eigendom op zich zelf eene onrechtmatige daad, tenzij de dader een recht kan aanvoeren, dat aan zijne handeling het karakter van onrechtmatigheid ontneemt [2]). Het komt mij

---

Ch. II n. 1. Laurent XX n. 385 noemt nog als voorbeelden van het délit civil het te kwader trouw ontvangen van eene onverschuldigde betaling en de gevallen van artt. 792 en 801 C.c. (verg. artt. 1110 en 1077 B. W.)

[1]) Opzoomer VI bl. 313 v. Diephuis XI bl. 82 v. Laurent n. 408. Toullier XI n. 122. H. J. Kist, diss. Leiden 1861 bl. 17. W. Thorbecke, diss. Leiden 1867 bl. 10.

Van de „natuurlijke vrijheid tot het doen of laten" spreekt ook art. 69 van het Ontwerp van 1820.

[2]) A. v. d. Does de Bije in Themis 1866 bl. 369 v. Zie ook G. Belinfante in Themis 1865 bl. 355. Eveneens acht van Bell in Themis 1856 bl. 273 v. de handeling onrechtmatig, zoodra de dader niet kan zeggen: feci sed jure feci. Zie ook Sourdat, hieronder bl. 20, n. 440.

echter voor dat, indien wij aan de bepaling van art. 1401 de ruimere strekking toekennen, waarop wij zooeven reeds hebben gewezen, de verbintenis tot schadevergoeding niet mag worden aangenomen, wanneer de dader niet blijkt eenigen regel te hebben overtreden. In de beschadiging of vernieling van eens anders goed (het damnum ex lege Aquilia) is reeds de schending van een regel gelegen; eveneens wanneer eenig ander misdrijf is gepleegd; en zoo zal ook, indien men het artikel toepasselijk acht bv. bij schade, toegebracht door het geven van een verkeerden raad, door het verstrekken van onjuiste inlichtingen, door het niet-waarschuwen voor een dreigend gevaar, het bewijs noodig zijn, dat het geven van dien raad of van die inlichtingen en het verzuimen van die waarschuwing als onrechtmatig mag worden gequalificeerd. Wat onder die onrechtmatigheid te verstaan is, kan dan een punt van nader onderzoek uitmaken.

Voordat wij evenwel tot dat onderzoek overgaan, wensch ik nog eene enkele opmerking te maken over den zooeven genoemden regel: Qui suo jure utitur neminem laedit [1]). Daarmede wordt eenvoudig het beginsel uitgesproken, dat het ieder vrijstaat van zijn recht ten volle gebruik te maken, zonder dat hij zich daarbij heeft te beperken met de bedenking, dat die uitoefening voor anderen onaangenaam kan zijn. Er kunnen gronden bestaan om de uitoefening van een recht in het algemeen belang of zelfs in het belang van bepaalde andere personen te beperken; dan is dit voor den wetgever een reden om in te grijpen. Maar waar de wetgever geene beperking heeft gegeven, is de uitoefening van het recht in zijn vollen omvang geoorloofd [2]), en ook waar de wetgever begrijpt te moeten beperken, wachte hij zich voor het uitspreken van algemeenheden, die de bron kunnen zijn van allerlei oneenigheid, vooral omdat de opvattingen der verschillende bij het geval betrokkene partijen niet licht zullen

---

1) Verg. l. 55 en l. 155 § 1 D. de R. J. en art. 1305 Oost. Wetb.

2) De Fransche juristen leeren gewoonlijk anders; Demolombe n. 669 is een der weinige uitzonderingen.

overeenstemmen [1]). Hoe dit alles overigens moge zijn, de bewuste regel brengt ons weinig verder bij de behandeling onzer quaestie; wij konden het reeds opmerken bij de hierboven aangehaalde redeneering van Barthélémy. Aan den eenen kant staat het natuurlijk niet vrij, al is het b.v. met eigen steenen eens anders ruiten in te werpen; Barthélémy verbiedt bij de uitoefening van een recht aan anderen schade toe te brengen door nalatigheid of onvoorzichtigheid, en datzelfde is zeker niet minder het geval bij opzet. Maar aan den anderen kant is met dien regel stellig niet uitgedrukt dat iemand, die schade toebrengt zonder dat hij daarbij een recht uitoefent, tot vergoeding gehouden is.

De bedoelde regel erlangt nog eigenaardige beteekenis, wanneer men hier „rechten" opvat in den ruimen zin, die, zooals wij hierboven (bl. 9) zagen, aan dit woord soms ook gehecht wordt, wanneer er sprake is van de gekrenkte belangen van den eischer. Zoo wordt de vrijheid van concurrentie voorgesteld als een positief recht, gegrond op de afschaffing der gilden; het misbruiken van dat recht — hetzij daaronder dan verstaan wordt eenvoudig het overschrijden of wel meer bepaald een gebruik met de bedoeling om een ander te benadeelen — levert evenwel eene ongeoorloofde handeling op [2]). Aannemelijker is m. i. de beschouwing dat

[1]) Het beroemde Malitiis non est indulgendum van l. 38 D. 6. 1. (verg. Pr Lr. § 37 I, 6 en het algemeene verbod van aemulatio juris reeds van de Glossatoren, waarover Strijkius, de aemul. juris) doelt op de uitoefening van een recht enkel met het doel om een ander te benadeelen of te plagen; maar reeds de moeilijkheid van het te leveren bewijs ontneemt aan de bepaling veel van hare practische beteekenis (Windscheid § 121 n. 3), terwijl zij zeker ook gemakkelijk aanleiding kan geven om juist hem die zijn recht uitoefent, te plagen. Er is ongetwijfeld gevaar, dat met eene overdreven individualistische rechtsopvatting de subjectieve rechten volkomen geëerbiedigd, maar het doel van het objectieve recht niet verwezenlijkt wordt (cf. E. Steinbach, über den Ersatz von Vermögensschäden, Wien 1888). Zoo zal niemand het kunnen afkeuren, wanneer de uitoefening van den eigendom wordt geregeld. Maar daarvoor zijn dan duidelijke en bepaalde regelen noodig.

[2]) Zie b.v. Pouillet, Marques de fabrique, Paris 1892 bl. 510: La

de vrijheid van concùrrentie een algemeen gevolg is van de vrijheid van handelen [1]), die in het algemeen moet worden aangenomen, wanneer niet de wetgever die vrijheid beperkt heeft [2]). Het wil mij daarbij voorkomen, dat het een eenigszins verwarde redeneering wordt, als men eerst die bevoegdheid als een positief recht erkent, maar daarna haar zoozeer beperkt dat ten slotte volgens die theorie nog veel minder geoorloofd is dan naar de tegenovergestelde leer het geval is [3]). De vrijheid, negatief opgevat als de absentie van beperkingen, is het natuurlijk punt van uitgang, en aan den eischer moet het zijn te bewijzen dat de hem toegebrachte schade onrechtmatig is. Blijkt de wetgeving in dat opzicht gebrekkig te zijn, dan behoort daarin met meer of minder algemeene regelen te worden voorzien.

Van meer gewicht is het tweede punt van verschil, nl.: Aangenomen dat de daad objectief onrechtmatig moet zijn om grond op te leveren tot schadevergoeding, is dan onder die onrechtmatigheid onwettigheid te verstaan, eene overtreding van de wet, dan wel algemeen een te kort komen in de verplichtingen, die in eene geordende maatschappij aan alle leden dier maatschappij gemeen zijn? Vat men ons „onrechtmatig", dat in den Franschen tekst van het wetboek van 1830 werd weêrgegeven met „illicite", in den zin op van

---

liberté née de la loi du 7 Mars 1791, qui a supprimé les maîtrises et les jurandes, est absolue à la seule condition qu'elle ne dégénère pas en licence, et que la concurrence reste honnête, probe, loyale. René Barbier, de la concurrence déloyale, Paris 1895 bl. 45: rappelons qu'un fait peut être considéré comme illicite, lorsqu'il devient non plus l'exercise mais l'abus d'un droit. Verg. ook O. Meyer in Goldschmidts Zschr. f. H. R. XXVI bl. 375.

[1]) Zie b.v. Dr. Richard Alexander-Katz, die unredliche Konkurrenz, Berlin 1892 bl. 17 v. en van dienzelfden schrijver een Gutachten voor den 23en Deutschen Juristentag bl. 140.

[2]) Het zal wel onnoodig zijn hier de quaestie te bespreken, of niet bij de afschaffing van art. 2 der Patentwet die vrijheid moest zijn verzekerd; een dergelijke bepaling zou dan toch niet eigenlijk het privaatrecht betreffen.

[3]) Zie Alexander-Katz t. a. p.

„ongeoorloofd", dan leent zich onze bepaling zeker ook tot die ruimere beteekenis. Eveneens is deze bij art. 1382 C. c. te verdedigen; al is de verbintenis daar gegrond op een délit of een quasi-délit, men kan reeds in het overtreden van de algemeene maatschappelijke verplichtingen der burgers onderling een délit of een quasi-délit zien. Terwijl volgens de andere opvatting het délit civil evenzeer als het délit criminel door de wet tot misdrijf moet worden gestempeld en de regel van artt. 1382 v. (en eveneens die van artt. 1401 v. B. W.) enkel de gevolgen aanwijst, aan die qualificatie verbonden, kan de wetgever als 't ware geacht worden met den algemeenen regel van artt. 1382 v. en van artt. 1401 v. al die verplichtingen in het objectieve recht te hebben opgenomen, met dat gevolg dat het schenden dier verplichtingen eene overtreding van het objectieve recht uitmaakt en de daardoor veroorzaakte schade moet worden vergoed [1]). Onder de Neder-

[1]) Met de bepalingen van het Fransche en Nederlandsche recht komen die van het Pruisische Landrecht en van het Oostenrijksche Wetboek in hoofdzaak overeen. Het eerste bepaalt: Wer Jemandem ohne Recht Schaden zufügt, der kränkt oder beleidigt denselben (I 6 § 8), en wer einem Andern aus Vorsatz oder grobem Versehn beleidigt, muss demselben vollständige Genugthuung leisten; bij lichteren graad van schuld wordt alleen de werkelijk geleden schade vergoed (§ § 10 v.). Even algemeen spreekt § 1295 van het Oost. Wetb.: Jedermann ist berechtigt von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Uebertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein.

Daarbij wordt intusschen vereischt niet (eenvoudig negatief) een handelen zonder recht, maar een (positief) onbevoegd handelen; de algemeene vrijheid van handelen wordt erkend; zie hierboven bl. 10 n. 1. Het ontwerp van het Deutsche Bürg. Gesb. legt in § 704 al. 1 de verplichting tot schadevergoeding op bij „widerrechtliche Handlungen", en in § 705 wordt dit nader zoo bepaald, dat „widerrechtlich" is ook de handeling, die volgens de algemeene vrijheid geoorloofd is, „wenn sie einem Andern zum Schaden gereicht und ihre Vornahme gegen die guten Sitten verstöszt". Volgens de Memorie van toelichting is deze bepaling gegrond op de moderne rechtsopvattingen; men mag een recht uitoefenen ook met z. g. Chicane, maar de natuurlijke vrijheid van

landsche rechtsgeleerden mag wel Molengraaff [1]) in de eerste plaats als voorstander dezer leer worden genoemd. Hij wijst op Mr. Belinfante als zijn voorganger, die reeds twintig jaar vroeger [2]) als slotsom van zijn betoog stelde: Degene, die aan een ander schade toebrengt door te doen datgene waartoe hij zijne ontoerekenbaarheid niet kan aanwijzen of door niet te doen datgene waartoe hij als zorgvuldig en waakzaam burger was verplicht in zijne maatschappelijke betrekkingen tegenover zijne medeburgers, is verplicht om de schade te vergoeden, door zijne schuld veroorzaakt.

Het zal intusschen niet overbodig zijn ten aanzien der beschouwingen van Mr. Belinfante op te merken, dat hij reeds in zoover aan eene minder ruime strekking van den regel doet denken, als hij behoort tot hen, die dezen regel met de lex Aquilia in verband brengen [3]). Vooral in zijn opstel

handelen nooit ten nadeele van anderen, als dit zou zijn tegen de goede zeden en tegen het Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Men erkent overigens, dat bij de toepassing veel Umsicht en Behutsamkeit zal noodig zijn.

Bij het tweede ontwerp (§ 749) is evenwel de bepaling veranderd: Wer durch eine Handlung, die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes vornimmt, in einer gegen die guten Sitten verstöszenden Weise einem Andern *vorsätzlich* Schaden zufügt, ist dem Andern zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Men achtte het onnoodig een dergelijke verplichting op te leggen bij nalatigheid, maar zelfs brengt nu de redactie mede, dat de Vorsatz niet alleen vereischt wordt voor de handeling, die de schade kan toebrengen, maar ook voor het toebrengen dier schade; daardoor zouden b.v. die handelingen vrijloopen, welke niet tegen bepaalde concurrenten waren gericht. Verg. Alexander-Katz, Gutachten bl. 148.

[1]) Zie in Rechtsgel. Magazijn 1887 bl. 386 v.

[2]) In Themis 1865 bl. 341 v. en 1869 bl. 285 v.

Intusschen meent ook Opzoomer VI bl. 313 n. 2 Belinfante zijn bondgenoot te mogen noemen.

[3]) Vreemd mag het heeten, dat die gedachte aan de lex Aquilia ook de Fransche juristen van de nieuwere leer bijblijft. Laurent noemt zelfs als opschrift van § IV: Faute Aquilienne; als voorbeeld, dat culpa levissima voldoende is, stelt hij in n. 465 het geval van een neef, inwonende bij zijn tante wier interdictie gevraagd is, „qui contribue

in Themis 1869, bij de bespreking van de voorstelling, door den heer van der Does de Bije ontwikkeld, geeft hij dezen toe, dat de actie uit art. 1401 op ééne lijn te stellen is met de actio ex lege Aquilia; alleen verzet hij zich tegen de beperkte opvatting van dit rechtsmiddel, daar toch daarbij ook aan de actio utilis en aan de actio in factum gedacht moet worden. In hoofdzaak stemmen beiden overeen. Van der Does de Bije vindt in artt. 1401—1416 den inhoud terug van Inst. IV, T. 3—5 en 8—9; omtrent de civiele gevolgen van misdrijf in het algemeen zoude dus niets naders bepaald zijn dan wat b.v. uit art. 55 C. P. en uit art. 585 8°. Rv. volgt. Art. 1401 meent hij beter geredigeerd zoo te moeten lezen: Ieder die, zonder daartoe bevoegd te zijn of zijne ontoerekenbaarheid te kunnen aantoonen, eene handeling pleegt, welke oorzaak is dat het voorwerp dier handeling òf zelf te niet gaat, bederft of waardeloos wordt, òf zoodanig met iets anders in aanraking komt, dat dit daardoor te niet gaat, bederft of waardeloos wordt, is verplicht aan hem, die daardoor rechtstreeks benadeeld wordt, de schade te vergoeden. Art. 1402 zoude zich daarbij aansluiten, door ook bij tenietgaan, bederven of waardeloos worden ten gevolge van nalatigheid de verplichting tot schadevergoeding op te leggen en op die wijze een verzuim van het Romeinsche recht te herstellen [1]). Wel verwerpt deze schrijver derhalve de leer van hen, die bij de lex Aquilia de krenking vorderen van eens anders recht [2]), maar hij meent dat met de juiste toepassing der door hem ontwikkelde beginselen de strengheid van den regel getemperd wordt. Wanneer b.v. iemand nalaat een schipper te waarschuwen voor een klip, een wandelaar voor een gevaarlijk dier, dan zou hij zeker te kort schieten in zijn plicht als waakzaam burger tegenover zijne medeburgers, maar toch volgens van der Does de Bije niet in de termen vallen van

à lui faire vendre deux inscriptions de rente sur l'Etat, dont le prix fut immédiatement dissipé et perdu" (Dalloz 1856 I 57).

[1]) Cf. Voet § 3 ad l. Aquil. Kist bl. 11.

[2]) Hij heeft daarbij bepaaldelijk het oog op uitingen van Opzoomer en van Kist.

art. 1401, daar de schade niet is veroorzaakt door het verzuim van waarschuwing, maar door het contact met de klip of met het gevaarlijke dier, en voor deze schade zoude men niet aansprakelijk zijn, daar men immers daarbij geene schuld heeft. Tegen deze redeneering komt Mr. Belinfante op: reeds in het Romeinsche recht werd aan de bepalingen der lex Aquilia van lieverlede groote uitbreiding gegeven, en in de door van der Does de Bije gestelde gevallen zou dus wel degelijk eene dergelijke actie, zij het dan in factum, moeten worden toegekend, altijd indien er werkelijk met schuld, culpa, is gehandeld. Intusschen in de toepassing gaat Mr. Belinfante minder ver dan men bij het lezen zijner conclusie (zie hierboven bl. 15) zoude verwachten. Zoo acht ook hij den persoon, die naliet voor een dreigend gevaar te waarschuwen, niet aansprakelijk; hij beschouwt het nl. niet als eene zedelijke verplichting anderen op een gevaar te wijzen, dat wellicht zelfs niet bijzonder groot is. Indien evenwel een schip vergaan is ten gevolge van het wegnemen van lichten of bakens in een gevaarlijk vaarwater, neemt hij, in afwijking van van der Does de Bije, de aansprakelijkheid aan, „omdat een gevestigde Staat zeer zeker verplicht is voor de openbare veiligheid die allereerste zorgen aan te wenden, zonder welke het leven en de bezittingen der ingezetenen dagelijks zouden worden bedreigd." In de door Asser vermelde gevallen (zie hierboven bl. 6) daarentegen, van het optrekken van een gebouw of het afgeven van een gunstig getuigenis omtrent gedrag of gegoedheid, neemt ook Belinfante geene verantwoordelijkheid aan, daar hij niets onzedelijks ziet in het verzwijgen van 'tgeen men ten nadeele van anderen zou kunnen mededeelen, en men bovendien het zich zelven te wijten heeft, indien men een verkeerden raad opvolgt, terwijl hij, die zijn gebouw heeft opgetrokken, immers eenvoudig zijn recht heeft uitgeoefend en daarom buiten schuld is.

Behoudens het zooeven opgemerkte komt echter de leer van Mr. Belinfante met die van Molengraaff overeen, inzoover dat hij voor de aansprakelijkheid niet vordert de onwettigheid der daad; voldoende acht hij het, dat aan een ander schade

is toegebracht, „wanneer de dader onbevoegd heeft gehandeld en dus de daad hem toerekenbaar is"; de daad verbindt en niet de wet, evenzeer als dit bij de overeenkomst immers het geval is. Dat geene onrechtmatigheid van de daad vereischt wordt, zou ook blijken uit artt. 1403 en 1483*a*, waar in het algemeen van „eene daad" wordt gesproken [1]). De vraag der toerekenbaarheid zal de rechter hebben te beoordeelen met overweging van den zedelijken aanblik van de daad. Belinfante beroept zich nog op Keller, Pand. § 248 (I, bl. 541), waar deze omtrent het recht der lex Aquilia zegt: „Hier gilt nämlich die allgemeine Bürgerpflicht nicht blosz so weit, dasz man es unterlasse, absichtlich das Eigenthum der Anderen körperlich zu schädigen, sondern auch weiter dahin, dasz man in seinem täglichem Benehmen den Grad von Sorgfalt, welcher einem verständigen, besonnenen, gewissenhaften Manne natürlich ist, anwende und bethätige, um eine solche Schädigung auch unabsichtlich nicht zu veranlassen". Ik moet hierbij intusschen weder de opmerking herhalen, dat deze woorden doelen op de lex Aquilia, en dat deze bepaaldelijk gold bij beschadiging of vernietiging van zaken; dat daarbij alle culpa aansprakelijk maakt, is eene bekende zaak [2]). Over de juistheid van Mr. B.'s beschouwingen acht ik een verder onderzoek voor ons onderwerp van weinig belang.

Molengraaff, zeide ik, mag in de eerste plaats genoemd worden onder onze rechtsgeleerden, die eene ruime opvatting van art. 1401 voorstaan [3]). Hij zou dezen regel willen stellen:

---

[1]) In verband met de voorstelling onzer wet in art. 1389 zou Belinfante ook in art. 1401 liever van „toedoen" dan van „schuld" willen gesproken hebben, hoewel hij natuurlijk toch mede toerekenbaarheid vordert.

[2]) Een dergelijke opmerking, nl. dat de aangehaalde woorden doelen op de beschadiging volgens de lex Aquilia, geldt omtrent Molengraaff's aanhaling van Windscheid § 455, 3: Zur Widerrechtlichkeit gehört, dasz der Beschädigende kein Recht zur Beschädigung habe. Direct toepasselijk op „elke onrechtmatige daad" als: „elke daad welke niet strekt tot uitoefening van eenig recht, die niet door het recht wordt gesteund, die wordt verricht zonder recht", zijn die woorden niet.

[3]) Lezenswaard is ook het door J. R. Roelfsema in 1893 te Gro-

„Hij die anders handelt dan in het maatschappelijk verkeer den eenen mensch tegenover den ander betaamt, anders dan men met het oog op zijne medeburgers behoort te handelen, is verplicht de schade te vergoeden, die derden daardoor lijden". Bij een vonnis van de rechtbank te Zwolle, 14 Maart 1894 W. 6481, wordt hetzelfde op deze wijze uitgedrukt: „Art. 1491 strekt niet slechts om te treffen daden, die bij de wet of wettelijke verordeningen verboden zijn, maar wel degelijk ook alle handelingen, welke in eene geordende maatschappij strijdig zijn te achten met de heerschende begrippen van zedelijkheid en betamelijkheid" [1]). Met Molengraaff's opvatting vereenigt zich ook Hamaker, Het recht en de maatschappij, bl. 99, in verband intusschen met de door hem in dat geschrift ontwikkelde beschouwingen; hij hecht vooral aan de in het maatschappelijk leven gebruikelijke wijze van handelen [2]).

---

ningen verdedigde proefschrift: De beteekenis der woorden „onrechtmatig" en „schuld" in art. 1401 B. W. De leer van Molengraaff wordt daarin verdedigd en met de jurisprudentie vergeleken.

[1]) Het gold eene advertentie, waarbij men gewaarschuwd werd niet bij den eischer te koopen, omdat deze onzuivere waar zou leveren. De eisch werd ook in appèl toegewezen; Hof van Arnhem, 16 Jan. 1895, W. 6618. Het Hof achtte onrechtmatig „elke niet noodzakelijke krenking van eens anders rechten en belangen, zonder daartegenover een eigen recht te kunnen stellen; een inbreuk maken op iemands rechten, die uit de algemeene rechtsbeginselen voortvloeien; een te kort doen aan het recht dat een ieder heeft om voor eerlijk door te gaan, althans zoolang het tegendeel niet is bewezen" (verg. hierboven bl. 9). Een oogmerk om te beleedigen zou wel noodig zijn in het speciale geval van art. 1408, maar niet voor de gewone onrechtmatige daad, en onder dat begrip werd dit geval gebracht, omdat hier was „eene objectief afkeurenswaardige daad, eene handeling welke den toets der eerlijkheid niet kan doorstaan en waardoor de concurrent in zijn handelscrediet wordt benadeeld".

Verg. ook een vonnis van den kantonrechter te Bergen-op-Zoom, van 6 Nov. 1895 W. 6772. De ruime beteekenis van art. 1401 wordt aangenomen „blijkens de geschiedenis van dit wetsartikel".

[2]) In dit punt vallen zijne beschouwingen samen met de leer van Jhering en van Unger (zie b.v. Zschr. f. d. priv. u. öff. R. XIII,

Ook onder de Fransche juristen vindt de bedoelde leer voorstanders. Als een der krachtigste woordvoerders kan wel Sourdat [1]) worden genoemd. Hij betoogt dat, terwijl het strafrecht stellig heeft te verbieden, het privaatrecht niet in staat is verbodsbepalingen te maken voor alle handelingen, die den particulier kunnen benadeelen. Il existe donc des faits que la loi ne défend pas et qui sont cependant illicites. La conscience de l'homme, éclairée par cette règle divine: „Fais à autrui ce que tu voudrais que te fût fait à toi-même", peut discerner et apprécier les actes dommageables qui peuvent entraîner réparation. De formule moet niet gesteld worden, dat „tout ce qui n'est pas défendu par la loi est permis"; integendeel, elke daad levert grond op tot schadevergoeding, quand il n'a pas sa source dans l'exercice d'un droit reconnu par la loi, ou quand il résulte d'un mode particulier d'exercer son droit qui n'a pas d'utilité pour son auteur, ou qui aurait pu être évité [2]).

De groote vraag, die zich bij art. 1401 voordoet, is dus deze: Heeft de wetgever met deze bepaling de algemeene vrijheid in dien zin beperkt dat, indien door eene handeling aan een ander op onbehoorlijke wijze schade is toegebracht, die schade moet worden vergoed? De woorden van art. 1401 blijken op verschillende wijze te kunnen worden opgevat. Kan nu de geschiedenis ons licht geven? Bij het onderzoek te dier zake blijkt het ons spoedig, dat het niet aangaat eenvoudig naar het Romeinsche recht te verwijzen. Het is waar, bij de meeste onderwerpen van het verbintenissenrecht bestaat er een zoo nauwe samenhang met de Romeinsche bepalingen, dat (men denke b.v. aan Lipman's uitgave van

bl. 715 v.), dat men zijn eigendom mag gebruiken op de gewone, bepaaldelijk de ortsübliche wijze. Trouwens onze wet zelve levert ons voorbeelden, dat het gebruikelijke het criterium is van het geoorloofde en het billijke; zoo bij het trekken van vruchten door den vruchtgebruiker en bij de uitlegging van overeenkomsten.

[1]) Traité général de la responsabilité; 3e ed., nrs. 440 en 642 v.

[2]) Zie over dit laatste hierboven bl. 12 n. 1.

onze wetboeken) nagenoeg naast elk artikel van onze wet een overeenstemmende tekst uit het Corpüs juris kan worden geplaatst. Daargelaten echter of daarmede in zulke gevallen alles is uitgemaakt, of niet misschien slechts uiterlijke gelijkenis bestaat, of niet ook de eene of andere wijziging in het systeem de beteekenis der bepalingen wijzigde, wij kunnen hier niet dadelijk een Romeinsch instituut aanwijzen, dat een dergelijke plaats inneemt als onze artt. 1401 v. Het lag zeker voor de hand, dat men meende in art. 1401 de lex Aquilia terug te vinden (zie b.v. de aanhalingen bij Lipman ad art.); maar moest dan niet de vraag zich opdringen, waar de overige actiones ex delicto, waar b.v. de civiele actiën uit furtum en rapina in ons recht te vinden zouden zijn? Het Romeinsche recht, wij hebben het hierboven reeds opgemerkt, had naast elkander eene menigte afzonderlijke civiele delicten behandeld, en daaraan actiën verbonden, strekkende gedeeltelijk tot vergoeding, gedeeltelijk tot straf; maar voor die verschillende delicten te zamen waren geen algemeene regelen gesteld, veel minder een regel voor het ontstaan van eene verbintenis uit onrechtmatige handelingen in het algemeen. Er wordt in de Instituten gesproken van een paar groepen van verbintenissen, ex delicto en quasi ex delicto, maar de grens tusschen die beide onderling schijnt niet scherp te zijn getrokken, terwijl ook de onderscheiding tusschen de verbintenissen uit onrechtmatige daad en die uit de zoogen. variae causarum figurae niet altijd volkomen helder is. De groepeering van de verbintenissen, die overblijven nadat die uit overeenkomsten zijn afgehandeld, blijkt voor de Romeinsche juristen niet minder moeilijkheid te hebben opgeleverd dan in later tijden het geval was; maar, wat op dit punt van gewicht is, een algemeene regel in den geest van ons art. 1401 is in het Romeinsche recht niet te vinden. Niet alleen dat bij de actiën uit delict de veroordeeling tot straf een belangrijke plaats inneemt, terwijl art. 1401 enkel schadevergoeding oplegt, maar ook al kan een groot aantal delicten in het Romeinsche recht worden opgesomd, al die gevallen te zamen reiken nog niet zoo ver als onze regel omtrent „elke onrechtmatige daad".

Om een enkel voorbeeld te noemen, eene algemeene verplichting tot vergoeding van schade, die niet door dolus, maar enkel door culpa veroorzaakt is, wordt door het Romeinsche recht niet uitgesproken [1]).

Ons historische onderzoek moet bestaan in het opsporen van den oorsprong van art. 1382 C. c., en daartoe hebben wij de bronnen te raadplegen, waaruit de Fransche wetgever gewoonlijk heeft geput, bepaaldelijk Pothier en Domat. Van Pothier (Oblig. n. 116 v.) is in de eerste plaats het opschrift der afdeeling afkomstig: Des délits ou quasi-délits. Onder het délit verstond hij: le fait par lequel une personne, par dol ou malignité, cause du dommage ou quelque tort à un autre, onder quasi-délit eene dergelijke handeling, sans malignité, mais par une imprudence qui n'est pas excusable. Hij maakt dus eene onderscheiding, waarvoor dezelfde woorden gebruikt worden als door het Romeinsche recht, hoewel dit met zijne onderscheiding zeker iets anders, wat dan ook, bedoelde. Hij stelt ook een algemeenen regel over het ontstaan van verbintenissen uit ongeoorloofde handeling; niet volmaakt duidelijk is het intusschen, hoever hij dat begrip uitstrekt; trouwens heeft hij in tegenstelling met de Contrats (in n. 3—112) de Autres causes des obligations slechts in enkele trekken aangegeven (n. 113—123). Hij spreekt in zijne definitie van délits niet alleen van „dommage", dat in 't bijzonder aan beschadiging kan doen denken, maar ook algemeen van „un tort". Is nu daarmede gezegd dat elk „tort", aan een ander aangedaan, grond oplevert tot schadevergoeding? In dat geval zoude reeds hij gezegd kunnen worden de leer te hebben gehuldigd, die thans door de voorstanders van de ruime uitlegging van artt. 1382 v. C. c. en 1401 v. B. W. wordt verkondigd. De vraag zou dan overigens toch zijn, of dit in den Code was overgenomen.

Spreekt Pothier althans een algemeenen regel uit, bij Domat zoeken wij daarnaar te vergeefs. Nadat hij in het eerste boek van het eerste deel zijner Loix civiles gehandeld heeft over

[1]) Zie b.v. Windscheid, § 451 n. 1 en § 455 n. 6.

de Engagemens volontaires, de Conventions, wijdt hij het tweede boek aan de Engagemens qui se forment sans convention. In de eerste zeven titels bespreekt hij daar allerlei verbintenissen quasi ex contractu en gaat daarna in den achtsten titel over tot de Dommages qui ne vont pas à un crime ni à un delit[1]). Na eene Inleiding volgen vier afdeelingen, met nauwe aansluiting aan het Romeinsche recht handelende over: 1°. het ejectum aut effusum en het suspensum aut positum, 2°. de pauperies, 3°. het damnum infectum, 4°. les autres espèces de dommages causés par des fautes sans crime ni délit. Deze vierde afdeeling is, zooals de vergelijking reeds met de woorden van het eerste artikel aanwijst, de bron van art. 1382; bij Domat evenwel was daarmede niet een algemeene regel bedoeld, maar een bijzonder geval, op ééne lijn staande met verscheidene andere dergelijke gevallen. Bovendien stelt hij naast die gevallen de eigenlijke crimes et délits, die in Boek III van zijn Droit public ter sprake komen; ook daarbij erkent hij eene verplichting tot vergoeding en restitutie[2]), maar hij doet weinig meer dan die verplichting noemen[3]).

In die bedoelde vierde afdeeling blijkt Domat het oog te hebben op het geval der lex Aquilia. Hij stelt in n. 1 den regel: Toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit sçavoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être[4]), doivent être réparés par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu. Men vergelijke daarmede de voorbeelden, die hij geeft, en de daarbij aangehaalde Pandectenplaatsen; bij het geval

[1]) In Titel IX worden behandeld de Engagemens qui se forment par des cas fortuits, b.v. werping en avarij.

[2]) Is misschien de plaatsing van art. 55 C. P. daarvan afkomstig?

[3]) Alleen in Titel XI van het Supplément op Boek III van het Droit public: Des injures et des libelles diffamatoires (II, bl. 219) wordt sub nrs. 11 en 12 over de réparation de l'injure gehandeld. Trouwens dit is minder vergoeding dan compositie.

[4]) M. a. w. de culpa levissima ex lege Aquilia; l. 44 D. 9. 2.

van iemand die, jouant imprudemment au maîl dans un lieu où il pouvait y avoir du péril pour les passans, vient à blesser quelqu'un, wordt l. 9 D. ad l. Aqu. (9. 2) geciteerd: si per lusum a jaculantibus servus fuerit occisus; eveneens vinden wij bij Domat de bekende gevallen van het verzuim van waarschuwen bij het vellen van boomen of bij het ophijschen van bouwmateriaal.

Al zijn intusschen de woorden zelve weinig veranderd, hun zin is niet meer dezelfde in art. 1382 als hij was bij Domat. Zij drukken thans een algemeenen regel uit, van veel wijdere strekking dan de bijzondere bepalingen van Domat. In de Loix civiles vinden wij, als in het Romeinsche recht, wel verscheidene punten geregeld, maar voor 't overige blijft er omtrent de aansprakelijkheid voor de onrechtmatige daad in het algemeen eene leemte. In art. 1382 daarentegen wordt een algemeen voorschrift gegeven, strekkende om die leemte aan te vullen; de vraag is echter, de moeilijke vraag die ons bezig houdt, hoever dat voorschrift reikt, welke daden hier als onrechtmatig gelden. In verband met het opschrift der afdeeling, waarvan art. 1389 het eerste artikel uitmaakt, en met Pothier's opvatting van de woorden délit en quasi-délit, kunnen wij ongetwijfeld alle eigenlijke delicten onder dien regel brengen. Domat had, zooals wij opmerkten, de in het Romeinsche recht behandelde delicten grootendeels verwaarloosd. 't Is waar, de lex Aquilia met hare actiones utiles en in factum dekt een zeer uitgebreid veld, maar dat omvat toch alleen vernielingen en andere dergelijke schade. Dat men nu met de aan het hoofd der afdeeling geplaatste bepaling van art. 1382 het beperkte standpunt der lex Aquilia weder bedoelde in te nemen, is niet te onderstellen. Evenwel, indien wij al aannemen dat hier aan délits in het algemeen moet worden gedacht, zijn wij daarbij geheel gebonden aan de bepalingen, laat ik zeggen aan de toevalligheden, van het strafwetboek? Is het voor de privaatrechtelijke aansprakelijkheid uit ongeoorloofde handeling beslissend, of de wetgever begrepen heeft die handeling met straf te moeten bedreigen? Zoude bv. eene actie tot schadevergoeding wegens overspel —

gesteld dat daardoor schade veroorzaakt is — afhankelijk zijn van de vraag, of de strafwetgever overspel strafbaar stelt? En om een nog practischer voorbeeld te noemen, zal de beperkte omschrijving van het misdrijf van bedrog in ons strafwetboek de schadevergoeding uitsluiten in allerlei gevallen, waarbij het Romeinsche recht met de actio doli hulp verschafte?

Wat leeren ons de beraadslagingen over den zin, die bij de opneming in den Code aan de woorden van Domat werd gehecht? De Conseiller d'état Treilhard verklaart in het Exposé des motifs, zitting van 9 Pluviose an XII [1]), dat de verbintenissen bij de quasi-contrats, als bij de délits en de quasi-délits, sont fondées sur les grands principes de morale si profondément gravés dans le coeur de tous les hommes, qu'il faut faire aux autres ce que nous désirerions qu'ils fissent pour nous dans les mêmes circonstances, et que nous sommes tenus de réparer les torts et les dommages que nous avons pu causer. De bepalingen, die hij zich voorstelt aan de heeren Législateurs voor te lezen, zijn alle „des conséquences plus ou moins éloignées, mais nécessaires, de ces vérités éternelles". Met deze algemeenheid is zeker niet veel gewonnen; het is hier als gewoonlijk met het droit naturel van die tijden: men maakte het zich niet moeilijk bij de deductie uit die vérités éternelles, men stelde zich tevreden met des conséquences plus ou moins éloignées. Bij de quasi-contrats begint Treilhard met zich nog eenige moeite te geven; nadat hij heeft opgemerkt, dat ook deze op het groote Christelijke gebod gegrond zijn, levert hij omtrent de verbintenissen van den negotiorum gestor en den negotiorum dominus (artt. 1372 v. C. c. en 1390 v. B. W.) een vrij uitvoerig betoog voor die stelling; ten aanzien van de solutio indebiti evenwel (artt. 1376 v. C. c. en 1395 v. B. W.) verklaart hij uitdrukkelijk alle verdere uitweidingen overbodig. Omtrent den regel van art. 1382 blijkt hij eveneens te denken; hij zegt alleen dat celui qui par son fait a causé du dommage, est tenu de le réparer (art. 1382); il est engagé à cette réparation même quand il n'y aurait de

[1]) Locré, Motifs V, bl. 251 v.

sa part aucune malice, mais seulement négligence ou imprudence (art. 1383); c'est une suite nécessaire de son délit ou quasi-délit (hier neemt hij dus Pothier's onderscheiding over). Il offrirait lui-même cette réparation, s'il était juste, comme il l'exigerait d'un autre s'il avait éprouvé le dommage. Met deze laatste woorden verwijst hij naar de algemeene beschouwing omtrent den grond van de verbintenissen van dezen titel; maar verder heeft hij niets op te merken. Alleen raakt hij nog de vraag aan, of een geïnterdiceerde verkwister in dit geval verbonden is (verg. Pothier, n. 120). Het wekt zijne verontwaardiging, dat sommigen deze vraag in ontkennenden zin durven beslissen; maar hij wil daarop niet ingaan: nous n'avons pas dû supposer qu'une pareille question pût s'élever de nos jours, et vous nous approuverez de n'avoir par fait à notre siècle l'injure de la décider. Dat er nog een andere vraag zou te beslissen zijn, nl. over de beteekenis van het „fait qui cause un dommage", schijnt bij Treilhard zelfs niet te zijn opgekomen.

Ook Bertrand de Greuille in zijn Rapport au tribunat, 16 Pluviose an XII [1]), is over art. 1382 zeer sober. Tout individu est garant de son fait; c'est une des premières maximes de la société: d'où il suit que si ce fait cause à autrui un dommage, il faut que celui par la faute duquel il est arrivé soit tenu de le réparer; en daarmede is art. 1382 afgehandeld. Daarop vervolgt hij: ce principe n'admet point d'exception: il embrasse tous les crimes, tous les délits, en un mot (de sprong is nog al groot) tout ce qui blesse les droits d'un autre; het leidt zelfs tot de bepaling (van art. 1383), dat men ook bij nalatigheid en onvoorzichtigheid aansprakelijk is. Mocht men dit een hardheid vinden voor den dader [2]), men houde vast aan dit groote beginsel van publieke

---

[1]) Locré t. a. p. bl. 260.

[2]) Men zou hierin een aanwijzing kunnen zien, dat Bertrand de Greuille art. 1382 ruim opvat, maar die ruime opvatting blijkt meer bedoeld te zijn ten aanzien van de culpa — waarvoor hij altijd aansprakelijk stelt, ook al is er geen sprake van crime — dan wel ten

orde: la loi ne peut balancer entre celui qui se trompe et celui qui souffre. Waar een burger schade heeft geleden, moet de dader, al is hij slechts lichtzinnig of onvoorzichtig geweest, tot het herstel dier schade worden veroordeeld. Zijn persoon wordt niet getroffen, zijne eer blijft ongekrenkt, want geen misdaad is gepleegd, waar geen opzet bestond om te benadeelen; maar tot schadevergoeding is hij gehouden, daar hij toch een quasi-délit heeft begaan [1].

De Tribun Tarrible geeft in het Corps législatif [2]) omtrent artt. 1382 en 1383 de volgende toelichting. Er is hier sprake van de verbintenis, die voortvloeit uit délit of uit quasi-délit, nl. wel door 's menschen toedoen, evenals de quasi-contrats, doch par un fait illicite. De délits worden daarbij niet beschouwd sous leurs rapports avec l'ordre politique, maar enkel sous le rapport de l'intérêt de la personne lésée. Daarop citeert hij de woorden van art. 1382 zonder daaraan iets toe te voegen. En bij art. 1383 merkt hij op, dat het een wijze bepaling is, qui donne une garantie à la conservation des propriétés de tout genre. Lorsqu'un dommage est commis par la faute de quelqu'un, si l'on met en balance l'intérêt de l'infortuné qui le souffre avec celui de l'homme, coupable ou imprudent, qui l'a causé, un cri soudain de la justice s'élève et répond que ce dommage doit être réparé par son auteur. Het is hier, met iets meer emphase, een herhaling van hetgeen Bertrand de Greuille had gezegd; de feiten echter,

---

aanzien van de faits. Welke gevallen hij onder die faits brengt, laat hij vrij wel in het duister.

[1]) Toullier n. 113 citeert voor die aansprakelijkheid „la doctrine des moralistes et des auteurs qui ont écrit sur le droit naturel. Voy. Burlamaqui, Elémens de droit naturel, 3e part. liv. 2, pag. 103 en 106, éd. de Lausanne 1775.” Burlamaqui trouwens spreekt niet van een dader, „qui se trompe”; op bl. 105 betoogt hij eenvoudig dat het billijker is, „que l'auteur même du dommage en supporte la perte, quelque légère que soit sa faute, que de la faire retomber sur celui à qui le dommage a été fait, et à qui on ne saurait reprocher aucune faute. Overigens ook hier geen nadere aanwijzing omtrent de feiten, waardoor schade is veroorzaakt.

[2]) 19 Pluviose an XII. Locré t. a. p. bl. 274 v.

waarin de geledene schade kan bestaan, worden toch eenigszins nader aangegeven: de bepaling betreft „les propriétés de tout genre", en zooals Tarrible verder zegt, zij omvat in hare ruime uitbreiding alle soorten van schade; van doodslag tot aan lichte verwonding, van brandstichting in een gebouw tot aan het breken van een nietig stuk huisraad, alles valt onder dezelfde wet; alles wordt aan eene waardeering onderworpen, die den benadeelde voor het geledene verlies zal schadeloos stellen. Altijd mits er schuld zij of ook onvoorzichtigheid, quelque légère que soit leur influence sur le dommage commis; alleen bij casus geldt de verplichting niet.

En wat is nu de kern van deze redeneeringen, ontdaan van alle declamatie? Naast de strafactie staat de privaatrechtelijke, verbintenis om de schade te vergoeden, en wel algemeen zoodra er eenige subjectieve toerekenbaarheid bestaat, al is deze slechts in geringen graad aanwezig; zoowel bij quasi-délit als bij délit, zoowel bij légèreté, négligence ou imprudence als bij malignité is men aansprakelijk. Over die toerekenbaarheid wordt in alle redevoeringen lang uitgeweid. Dat de handeling in zich zelve het karakter moet dragen van onrechtmatigheid, wordt niet nader uitgewerkt, maar blijkt toch steeds te worden ondersteld [1]); en dat ook dit punt door de regels der moraal beslist wordt, is in geen der medegedeelde redevoeringen te lezen. Niet onwaarschijnlijk is het (vooral bij de opsomming van de soorten van schade, die Tarrible geeft), dat steeds voornamelijk gedacht werd aan gevallen, die tot het terrein van de lex Aquilia behooren en die dus uit hun aard onrechtmatig zijn. Met „faute", schuld, wordt ongetwijfeld bedoeld — en in elke mate voldoende

---

[1]) Belinfante t. a. p. bl. 295 vindt in de woorden van Tarrible een bewijs, dat de Fransche wetgever geen *onrechtmatigheid* van de handeling eischt. Maar al wordt daar in dien laatsten zin alleen op de toerekenbaarheid gewezen, daarmede is niet gezegd dat met die toerekenbaarheid alles is uitgemaakt. Integendeel, dadelijk in den aanvang van zijne bespreking van art. 1382 zegt Tarrible immers, dat daartoe noodig is een fait illicite. Wij zagen trouwens reeds, dat Belinfante zelf hier eigenlijk alleen aan het damnum ex lege Aquilia denkt.

geacht — de immoraliteit, nl. in subjectieven zin, maar daarin ligt niet opgesloten dat hier, anders dan bij de strafactie, ook de objectieve onrechtmatigheid naar de moraal zou moeten worden beoordeeld. Het is zeer te betreuren, dat de auteurs van den Code ook op dit punt zich niet iets meer moeite hebben gegeven; men kan bijna zijne oogen niet gelooven, als men ziet wat Tarrible van dezen titel heeft gezegd [1]: Citoyens législateurs, vous y trouverez la méthode, la clarté, la justice, la prévoyance, que vous pouvez désirer dans une loi de ce genre. En dat terwijl men geheel onbepaald laat, hoever zich het fait illicite uitstrekt! Maar al achten zij het onnoodig dat begrip nader te preciseeren, allen gaan uit van de onderstelling dat er hier sprake is van délit. Dat men bij het samenstellen dezer bepalingen werkelijk heeft gedacht aan het (overigens geheel onvoldoende) Romeinsche schema van delicten en obligationes quasi ex delicto, blijkt nog in het bijzonder uit twee artikelen, die eerst eene plaats hebben ingenomen tusschen artt. 1382 en 1383, maar later als overbodig zijn ter zijde gesteld [2]; zij handelden over de aansprakelijkheid van de bewoners bij ejectum aut effusum [3]. Intusschen, in hoever de hier in den Code civil gestelde regel overeen te brengen zoude zijn met hetgeen de Code pénal zoude bepalen, het schijnt dat daarover zich die civilisten het hoofd niet hebben gebroken.

Zoo blijven wij dus staan voor de vraag, wanneer volgens den Code civil een délit (of een quasi-délit) bestaat. Hoe hebben de Fransche juristen die vraag beantwoord? Ook voor de uitlegging van onze artikelen is dit in zoover van gewicht, als onze wetgever de leer meende te volgen van de beste (toenmaals bestaande) Fransche commentatoren, bepaaldelijk die van Toullier [4].

Toullier nu begint met in n. 118 te verklaren, dat het

---

[1]) Locré, bl. 277.

[2]) Zie Locré, Confér. V, bl. 204 v.

[3]) Zie de afd. van Domat over dit onderwerp, aangehaald hierboven bl. 23.

[4]) Zie hierboven bl. 5 n. 2.

woord „faute" in art. 1382 dient tot nadere bepaling van de woorden „tout fait quelconque" in den aanhef, die door hunne algemeenheid anders onjuist zouden zijn. „L'art 1382 entend donc ici par faute", zoo gaat hij voort in de eerste alinea van n. 119, „celle qu'on commet en faisant une chose, qu'on n'avait par le droit de faire, quod non jure fit, car on ne peut être en faute, en faisant" enz. [1]). Hij ziet dus in het woord „faute" het vereischte uitgedrukt van de (objectieve) onrechtmatigheid [2]); uitdrukkelijk verklaart hij, dat er niet eene aanwijzing mede bedoeld wordt omtrent den graad van toerekenbaarheid, het zwaardere of lichtere van de schuld, daar in het volgende artikel de schadevergoeding bevolen wordt niet enkel bij faute, maar ook bij imprudence ou simple négligence (verg. daaromtrent n. 153 v.). Ik moet erkennen, dat deze voorstelling mij niet volkomen helder is. Toullier schijnt te willen zeggen, dat „faute" hier niet dien zin kan hebben van toerekenbaarheid, daar blijkbaar niet een zoodanige graad van toerekenbaarheid vereischt wordt, als met den term „faute" wordt aangewezen. Maar kunnen niet nalatigheid en onvoorzichtigheid onder schuld worden gebracht, en is niet art. 1383 juist op te vatten als nader bepalende de (subjectieve) „faute" van art. 1382? In de beraadslagingen vindt deze voorstelling van Toullier weinig steun; al spreekt Tarrible van: une faute ou une imprudence, en al zoude dit als een bepaalde tegenstelling kunnen worden beschouwd, dan doelen toch beide op de (subjectieve) toerekenbaarheid. Bertrand de Greuille ziet dan ook in het geval van art. 1383 „une faute". Trouwens Toullier zelf (in n. 153 en 154 passim) spreekt bij de verklaring van dat artikel telkens van „faute"; het blijkt hem dus in art. 119 veeleer te doen om te demonstreeren wat het woordje wèl beteekent, nl. de objectieve onrechtmatigheid, dan wat het niet beteekent; althans omtrent dat punt geeft hij ons weinig stellige inlichting. Hoe dit echter zij, dit alles raakt niet de eigenlijke vraag,

---

[1]) Zie verder hierboven bl. 5.

[2]) Zie hierboven bl. 4 n. 1.

die ons bezighoudt, en als wij Toullier in zijn geheel lezen, blijkt hij toch moeilijk te kunnen worden aangehaald als een bondgenoot van hen, die het begrip van onrechtmatige daad ruim willen opvatten [1]). Gaan wij na, wat hij verder zegt omtrent onze bepaling. Hij erkent de aansprakelijkheid, hetzij de schade was toegebracht met intention de nuire, hetzij enkel door négligence ou imprudence (n. 153), mits men deed wat men niet mocht doen [2]). Met beroep op de Institutendefinitie en op art. 5 der Déclar. des droits de l'homme stelt hij den algemeenen regel, dat alles geoorloofd is wat niet door de wet is verboden (n. 120). Daarbij vertoont hij een groot vertrouwen in de nieuwe Fransche wetgeving, die volgens

---

[1]) Belinfante beroept zich op Toullier, ten bewijze dat culpa en injuria samenvallen. Wij zagen intusschen dat Belinfante alleen denkt aan de lex Aquilia, en daardoor reeds wijkt hij belangrijk af van Toullier. En wat het punt in quaestie betreft, wat kan aan het slot van het opstel in Themis 1865 de aanhaling afdoen van Toullier n. 199 (lees: n. 119): Le véritable sens de notre art. 1382 est donc que celui qui cause du dommage à autrui, en faisant ce qu'il n'avait par le droit de faire, ou en négligeant de faire ce qu'il devait faire, est obligé de réparer le dommage, arrivé par sa faute?

Evenmin kan ik mij vereenigen met Roelfsema bl. 46, als hij meent dat Toullier bij de quasi-délits aansprakelijkheid aanneemt voor elk verzuim, al is er geen rechtsdelict gepleegd, al is de daad niet objectief onrechtmatig. Hij erkent overigens zelf, dat het vreemd zou zijn, indien men voor culpose handelingen veel eerder aansprakelijk was dan voor opzettelijke; maar hij tracht dit te verklaren uit Toullier's streven om het beginsel der wet in overeenstemming te brengen met art. 5 der Déclar. des droits de l'homme en uit zijn onbegrensd vertrouwen in den wetgever. Volkomen bevredigend is die verklaring zeker niet.

[2]) Het eenige punt, waarin men misschien aan Toullier een bijzondere strengheid kan toedichten, is dat hij aansprakelijkheid aanneemt ook als iemand, die eene schadelijke daad had kunnen verhinderen, haar niet verhindert (n. 117). Algemeen wordt opgemerkt, dat dit te ruim gezegd is en alleen kan gelden, waar men verplicht was de daad te verhinderen. Intusschen is het de vraag, of niet ook T. zelf het zoo opvat; zie in n. 2 op bl. 128 (n. 117) de aanhaling van Domat II, 8. 4 n. 8 en van Pr. Landr. I, 6 § 59.

hem alles heeft geregeld; elke daad, die een ander benadeelt door inbreuk te maken op zijn persoon en zijn persoonlijke rechten of op zijn eigendom en zijn zakelijke rechten, wordt verboden (n. 121), zoodat het aan den eenen kant ondoenlijk, maar aan den anderen kant onnoodig is alle gevallen op te sommen, waarop artt. 1382 en 1383 toepasselijk zijn. De regel van Domat: Toutes les pertes enz. [1]), wordt daarbij aangehaald. Kan men nu uit dit alles lezen, dat Toullier geene (objectieve) onrechtmatigheid van de daad zou vorderen? Het is waar, hij verklaart (cf. Treilhard, hierboven op bl. 25 geciteerd), dat al die verbodsbepalingen voortvloeien uit „cet axiome sublime de morale naturelle et divine: ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'on fît à toi-même" (n. 122); maar al erkent hij dit beginsel als den grondslag der bepalingen, hij heeft dat beginsel niet tot een positieven rechtsregel verheven. Integendeel; hij verklaart uitdrukkelijk, dat: les règles et les conséquences les plus directes du droit naturel sont toujours méconnues et contestées par la mauvaise foi, partant insuffisantes, quand elles ne sont pas clairement fixées et sanctionnées par les dispositions positives du droit civil". Bij eene onvolledige wetgeving zou men bezwaar kunnen maken tegen „cette maxime fondamentale de toute bonne législation, que tout ce qui n'est pas défendu par la loi est permis, et ne peut être empêché; que nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas"; maar voor een dergelijke vrees ziet hij geen grond „sous une législation telle que la nôtre" (n. 122).

Mij dunkt, uit dit alles blijkt duidelijk, dat Toullier onrechtmatigheid, bepaaldelijk onwettigheid van de handeling vereischt. Wat meer zegt, hij ontwikkelt zijne denkbeelden zonder melding te maken van andere meeningen, zonder zelfs de mogelijkheid te opperen, dat dergelijke meeningen zouden bestaan. Het is mij dan ook niet gelukt, bij een der schrijvers van die dagen opmerkingen over dit punt te vinden, die van eenig gewicht zijn. Maleville bepaalt zich tot de aanteekening,

[1]) Zie hierboven bl. 23.

dat hier de pandectentitels Ad legem Aquiliam en Si quadrupes pauperiem geraadpleegd kunnen worden. Delvincourt III, bl. 217 definieert eenvoudig de gevallen van artt. 1382 en 1383 als: des faits illicites, commis avec ou sans intention de nuire; verder verwijst hij naar Pothier I, 1. 2 § 2 (n. 116 v.). Zachariä § 443 v. eischt een délit, al kan dit dan ook een délit civil zijn; in zoover alleen verschilt hij eenigszins van de andere auteurs, dat hij onder quasi-délit verstaat de handeling van een ander, voor wien men aansprakelijk is [1]); omtrent het vereischte van onrechtmatigheid evenwel verkondigt hij niets bijzonders [2]). Pailliet ad art. geeft in n. 14 alleen een verwijzing naar eene lijst van artikelen, waarin bepaalde gevallen worden aangewezen, die onder den regel van artt. 1382 en 1383 vallen. Ik meen, dat het niet te veel gezegd is, als ik beweer dat, toen onze wet werd samengesteld, naar de algemeene leer ook van de Fransche rechtsgeleerden de handeling, om in de termen van artt. 1382 v. C. c. of 1401 v. B. W. te vallen, in strijd moest zijn met de wet, en dat van dit denkbeeld ook onze wetgever is uitgegaan.

Wij moeten zeker betreuren, dat de wetgever niet duidelijker heeft gesproken; zijne bepaling blijkt zich toch tot zeer verschillende opvattingen te leenen. Het komt mij echter voor dat, wanneer wij ons houden aan den inhoud van artt. 1401 v., en eveneens wanneer wij de geschiedenis raadplegen [3]), geen ander besluit geoorloofd is dan dat vergoeding verschuldigd is, wanneer de schade is toegebracht door eene met de wet strijdige daad. Een „strafbaar feit", een zoogen. délit pénal is niet noodig, maar toch zal moeten worden aangetoond, dat tegen het recht is gezondigd en daarbij schade is toegebracht. In menig geval mag het aantoonen van dit laatste

[1]) Zie hieronder bl. 41 n. 1.

[2]) Eenigszins uitvoeriger zijn Aubry en Rau § 444. Naast de toerekenbaarheid eischen zij een fait illicite, c'est-à-dire qu'il ait porté atteinte à un droit appartenant à autrui.

[3]) Ik erken dat de geschiedenis ook wordt aangevoerd voor de tegenovergestelde meening; doch daarom achtte ik dit zoo uitvoerige onderzoek noodzakelijk.

punt wel de grootste moeilijkheid opleveren, maar in de eerste plaats moet worden bewezen, dat gehandeld is in strijd met het recht. „Het recht" is hier op te vatten in objectieven zin. De dader behoeft zich niet te beroepen op een hem toekomend recht, dat hij beweert te hebben uitgeoefend; aan den eischer, die schadevergoeding verlangt, is het te bewijzen dat de dader iets misdreven heeft. De dader kan het bestaan van zijn eigen recht aanvoeren, en daardoor bewijzen (behoudens mogelijk tegenbewijs) niets te hebben misdreven; doch een dergelijk bewijs heeft hij niet te leveren; hij kan het bewijs afwachten van de tegenpartij. De benadeelde zijnerzijds heeft ook niet te bewijzen, dat een hem toekomend recht is gekrenkt. Bij deze actie heeft hij aan te toonen, dat hem door eene onrechtmatige daad schade is toegebracht; maar die schade kan bestaan niet alleen in de vernietiging of de vermindering van reeds verkregene rechten, doch ook daarin dat eenigerlei rechten niet verkregen zullen worden; misschien zijn er zelfs bij de toegebrachte schade geen eigenlijke subjectieve rechten direct in het spel [1]).

---

[1]) De bij rechtsgeleerden en staathuishoudkundigen nog niet uitgemaakte vraag, wat „vermogen" is (zie Drucker in Rgel. Mag. VIII, bl. 19 v. en Hingst in Rgel. Bijdr. en Bijbl. 1886—1887 A bl. 188 v.) is misschien in haar geheel moeilijk tot klaarheid te brengen. Het begrip komt in verschillend verband voor. In art. 20 der Faillissementswet heeft het een meer beperkten zin dan b.v. in art. 379 B. W.; de executie zal zich niet kunnen uitstrekken over zulke goederen, die wel behooren tot het fortuin (la fortune, art. 208 C. c.), maar die toch niet op anderen kunnen worden overgedragen. Eveneens zal de gemeenschap van goederen de vermogens der beide echtgenooten omvatten, maar alleen voor zoover de bestanddeelen dier vermogens niet door hun aard aan den persoon der echtgenooten verbonden zijn en blijven. Zoo is het natuurlijk, dat bv. twijfel wordt geopperd ten aanzien van het auteursrecht; maar is hij niet zoo op te lossen, dat het bij faillissement niet door het beslag zal worden getroffen, maar wel onder het vermogen zal worden geteld in het geval van art. 379? Ik zou ook geen bezwaar zien het onder de gemeenschap van goederen te brengen.

Soms wordt het begrip van vermogen — of zelfs van eigendom — zeer ruim genomen. Volg. § 1, I. 8 van het Pr. Landr. heet Eigen-

Een délit is noodig, al moge het alleen een délit civil zijn. En hierin zie ik het groote bezwaar tegen den regel van art. 1401, want op dit punt heeft de wetgever maar al te

---

thümer derjenige, welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache, oder eines Rechtes, mit Ausschliessung Anderer, aus eigener Macht, durch sich selbst, oder einen Dritten, zu verfügen; daarop volgt § 2: Alles was einen ausschlieszlichen Nutzen gewähren kann, ist ein Gegenstand des Eigenthums. Eveneens in het Oost. Wetb. § 353: Alles was jemanden zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen, heissen sein Eigenthum, en § 354: Als ein Recht betrachtet ist Eigenthum das Befugniss, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkühr zu schalten und jeden Andern davon auszuschliessen. Door de Franschen wordt o. a. ook de clientèle als een eigendom beschouwd, en Mr. van Ittersum, Rgel. Mag. 1895 bl. 190 brengt (met beroep op Molengraaff, die echter veel minder absoluut spreekt) onder eigendom alles waarbij een uitsluitend recht bestaat om iets wat economisch, d. i. in het maatschappelijk leven, waarde heeft, te benuttigen; als zoodanig acht hij het te staan onder bescherming der wet en de inbreuk daarop eene onrechtmatige daad. Het wil mij voorkomen, dat men door een zoo ruime beteekenis te geven aan het woord Eigendom, alleen verwarring in de hand kan werken, en dat men ook het begrip van „vermogen" in dit verband verder uitstrekt dan wel wenschelijk is. Ten aanzien van de actie uit onrechtmatige daad zoude ik bv. persoonlijke hoedanigheden of uiterlijke omstandigheden bij het vermogen kunnen rekenen, voorzoover zij middel van bestaan kunnen opleveren. Ongeschondenheid van lijf en leden, gezondheid, werkkracht, bekwaamheid, crediet, zijn voor den bezitter ongetwijfeld van economische waarde, en in zoover zal het recht op persoonlijkheid (zie bl. 9) hier ter sprake kunnen komen; materieele schade, winstderving, wordt toegebracht, de economische positie wordt benadeeld, wanneer op die wijze de middelen om te verkrijgen verminderen. Intusschen meen ik toch te moeten opmerken dat, wanneer men dergelijke meer persoonlijke bestanddeelen tot het vermogen wil brengen, bij het berekenen hunner waarde hun meerdere of mindere vastheid in rekening moet worden gebracht. Daarbij komen allicht allerlei kansen in het spel, veeleer dan bij eigenlijke subjectieve rechten; eene drukke clientèle bv. is niet altijd te beschouwen als iets waarop men kan rekenen. Van den anderen kant is winstderving mogelijk, kunnen de kansen om vermogensvoordeel te verkrijgen verminderd worden, ook zonder dat zelfs een persoonlijkheidsrecht is

veel verwaarloosd; wij hebben het herhaaldelijk kunnen opmerken, men heeft er bij het opnemen der bepaling niet aan gedacht, dat juist daarin moeilijkheden konden gelegen zijn. Wij wezen reeds hierboven op het geval van bedrog [1]); zal men daarin algemeen eene „onrechtmatige daad" mogen zien, al is misschien de strafwet niet toepasselijk? Kan men hier in het algemeen met analogie gaan opereeren? Daarmede ware veel te verkrijgen, doch men zal moeten toestemmen, dat dergelijke redeneeringen niet zonder gevaar zijn.

Intusschen zullen wij mogen aannemen, dat althans het toebrengen van schade aan eens anders lijf of goed in het algemeen eene onrechtmatige daad uitmaakt. Veelal kan dan een bepaald artikel van de strafwet worden aangehaald, maar ook waar dit niet het geval is — en bij zaakbeschadiging kan dit allicht voorkomen [2]) — dan mag toch in eene dergelijke handeling een délit civil worden gezien. Wel ware het

---

gekrenkt; zoo wanneer men den dood veroorzaakt van iemand, op wiens lijf een rente ten behoeve van een derde is gevestigd.

De ruime opvatting van het begrip Eigendom hangt samen met de leer, dat bij de actie van art. 1382 C. c. en van art. 1401 B. W. de onrechtmatigheid bestaat in het krenken van een recht des eischers; daartoe wordt dan de kring van de rechten in het algemeen zeer breed getrokken. Zoo spreekt Laurent n. 405 van het recht, dat een natuurlijk kind heeft om door zijn vader erkend te worden en dat gekrenkt zou zijn, wanneer de vader ten gevolge van kwaadspreken van die erkenning werd afgehouden; eveneens (n. 406) van het recht om (weder eventueel) te erven, bepaaldelijk van erfgenamen bij versterf, dat geschonden wordt als meer verwijderde bloedverwanten een plaats in het testament weten te bemachtigen, en (n. 415) van het recht op frissche lucht voor zich en voor zijn boomen en planten. Is er conflict van rechten, dan meent Laurent dat „on doit concilier les droits divers et non sacrifier l'un à l'autre — wat overigens gemakkelijker gezegd dan gedaan zal zijn. Ook practisch schijnt zich die leer, dat hier subjectieve rechten — misschien in zeer ruimen zin — gekrenkt moeten zijn, niet aan te bevelen.

[1]) Zie bl. 25.

[2]) Zaakbeschadiging zonder opzet zal niet licht strafbaar zijn, als zij niet onder het vrij onbepaalde begrip van Baldadigheid kan worden gebracht. Wij hebben intusschen dat punt hier niet na te gaan.

wenschelijk, dat dit duidelijk was uitgesproken; het hier dikwijls aangehaalde art. 625 dunkt mij geen dienst te kunnen doen dan om aan te toonen het belang. Het recht van eigendom zal, als andere subjectieve rechten, bij gebreke van eerbiediging grond opleveren tot rechtsmiddelen; maar daartoe behoort niet de actio ex lege Aquilia. Trouwens deze actie komt niet altijd en niet uitsluitend aan den eigenaar toe; de eigenaar is wel de belanghebbende bij uitnemendheid, maar hij heeft dan recht als belanghebbende, niet als eigenaar. Doch onrechtmatige daad is het vernielen of beschadigen van eens anders goed; en uit die daad vloeit een recht op schadevergoeding voort voor hem, die daardoor benadeeld is. Ik meen dat de geschiedenis voldoenden grond oplevert voor deze beslissing; onze bepaling is afkomstig van de lex Aquilia; zij heeft zich verder uitgebreid, maar in de eerste plaats omvat zij al wat de lex Aquilia inhield.

Het zal wel onnoodig zijn erover uit te weiden, dat wij hier niet zoozeer het oog hebben op de oorspronkelijke bepalingen der lex Aquilia als wel op het geheele samenstel van regelen, zooals het zich van lieverlede omtrent dit onderwerp ontwikkeld heeft; ook de actiones utiles en in factum komen dus in aanmerking. Bovendien mag hier weder niet worden vergeten, wat in het algemeen geldt waar sprake is van receptie van Romeinsch recht, nl. dat het daarbij minder de vraag is, hoe werkelijk het Romeinsche recht blijkens de bronnen geweest is dan wel hoe het in den tijd dier receptie werd opgevat. Voor ons zijn b.v. in dit geval de voorstellingen van Domat voornamelijk van gewicht; evenals hij hebben wij alleen te denken aan vergoeding en niet mede aan straf; en evenals hij passen wij de bepaling toe op lichamelijk letsel, aan den vrijen mensch toegebracht. Op dit punt van het lichamelijk letsel is ons strafwetboek in het algemeen volledig, en kunnen bovendien artt. 1406 en 1407 B. W. worden ingeroepen.

Doch al is onze bepaling uit de lex Aquilia voortgevloeid, en treft zij dus in de eerste plaats het damnum ex lege Aquilia, door hare verplaatsing naar het hoofd der groep van

verbintenissen „uit onrechtmatige daad" is haar eene veel wijdere strekking gegeven. Zij geldt ook voor al de overige gevallen van onrechtmatige daad. Dit begrip meen ik intusschen niet zoo ruim te mogen opvatten als in de laatste jaren veelal geschiedt, al moet ik het betreuren dat dientengevolge de bepaling voor vele gevallen geen hulp aan den benadeelde kan bieden. De eischer zal in de eerste plaats hebben te bewijzen, dat de daad onrechtmatig was, en daartoe moeten positieve gronden worden aangevoerd [1]).

In de woorden onzer bepaling ligt eenige onduidelijkheid. Dit geldt in de eerste plaats het woord „schuld", „faute".

---

[1]) De jurisprudentie is te omvattend om hier eenigszins volledig te kunnen worden medegedeeld; men kan daaromtrent de reeds geciteerde dissertatie van J. R. Roelfsema raadplegen. Intusschen geldt voor die jurisprudentie dezelfde opmerking, welke wij hierboven op bl. 7 maakten ten aanzien van de schrijvers, nl. dat daarbij allicht verscheidene beschouwingen samengaan.

Het meest wordt de vraag gesteld, of de dader buiten zijn rechtskring is getreden, de grenzen van zijn bevoegdheid overschreden heeft (cf. Drucker's Handboek over het Romeinsche recht § 91 I, bl. 203 en Toullier n. 119). Zoo besliste de H. R. 21 Dec. 1894 W. 6607, dat blijkens art. 605 2° ook de bezitter te kwader trouw, die zich de vruchten toeëigent, een bij de wet erkend recht uitoefent en dus niet eene onrechtmatige daad pleegt in den zin van art. 1401. Of men zelfs bij bezit te goeder trouw volgens ons recht de vruchttrekking als eene wijze van eigendomsverkrijging heeft te beschouwen, meen ik te mogen betwijfelen (zie mijne Verklaring van het B. W. II, 1, bl. 120 n. 3); maar de verplichting tot teruggave der vruchten, bij art. 634 den bezitter te kwader trouw opgelegd, staat toch op ééne lijn met de verbintenis uit art. 1401, zoodat de bezitter, al wil men zeggen dat hij eigenaar is geworden, als men hem aanspreekt volgens art. 634, blijkbaar geacht wordt van die wijze van verkrijging geen gebruik te hebben mogen maken en daardoor eene onrechtmatige daad te hebben gepleegd.

In het algemeen echter komt het mij voor, dat men zich bij deze quaesties niet op het standpunt van het subjectieve recht, 'tzij van den eischer, 'tzij van den dader heeft te stellen. Reeds hierboven heb ik dit opgemerkt, o. a. op bl. 7 v., 10v. en 34.

Tot schadevergoeding is hij gehouden, door wiens schuld de schade veroorzaakt is. Wij hebben reeds opgemerkt, dat veelal de Fransche juristen in dat woord „faute" het vereischte van de (objectieve) onrechtmatigheid zien uitgedrukt. Van onze rechtsgeleerden meenen eveneens Belinfante [1]) en Molengraaff [2]), dat de schuld en de onrechtmatigheid samenvallen. Die onrechtmatigheid wordt dan, zooals wij zagen, opgevat als ongeoorloofdheid in ruimen zin. Het wil mij voorkomen, dat zoowel „faute" in art. 1382 C. c. als „schuld" in art. 1401 B. W. doelen op de subjectieve toerekenbaarheid, die dus gevorderd wordt nevens de „onrechtmatigheid", het vallen van de daad in de termen van délit of quasi-délit. Bij Domat is de zin van „faute" onzeker. Hij spreekt in zijn opschrift van: Dommages, causés par des fautes, sans crime ni délit, en bedoelt daarmede onrechtmatige daden. Maar in den tekst verklaart hij [3]), dat de schade moet worden vergoed, ontstaan ten gevolge van „imprudence.... ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être", en dit doet weder denken aan de toerekenbaarheid. In verband met de lex Aquilia, zooals bij hem de bepaling is op te vatten, had hij zeker vooral op dit subjectieve element te drukken; objectief onrechtmatig was het Damnum reeds doordien men zonder recht eens anders goed vernietigde of beschadigde. Toen de regel in art. 1382, al was het zonder veel wijziging in de woorden, de ruimere strekking erlangde van een algemeen voorschrift omtrent de aansprakelijkheid voor alle onrechtmatige daden, werd als schuldenaar van die verbintenis aangewezen: celui par la faute duquel le dommage est arrivé. En eveneens zijn m. i. de woorden: dengene door wiens schuld die schade veroorzaakt is, op te vatten, nu onze wetgever enkel ter verduidelijking meende te moeten spreken van *onrechtmatige* daden. Hoe dit overigens zij, dat toerekenbaarheid van de

---

1) Bl. 303: culpa, als toerekenbaarheid — geene andere — is de culpa ex lege Aquilia.

2) Bl. 391: het overtreden van den regel maakt de schuld uit.

3) Zie hierboven bl. 23: Toutes les pertes, enz.

handeling vereischt wordt, is moeilijk te ontkennen [1]). De groote vraag is, of nevens die toerekenbaarheid eigenlijke onrechtmatigheid van de handeling gevorderd wordt; doch al betwist men dit, al acht men het ongeoorloofd-zijn voldoende, ook dan zal den dader die ongeoorloofde handeling moeten zijn toe te rekenen. Hoe men over de beteekenis van het woord „schuld" moge denken, aan de bedoelde vraag zal dit weinig afdoen.

Ook het verband tusschen artt. 1401 en 1402 levert eenige moeilijkheid op. Wij zagen reeds dat de meeste Fransche schrijvers artt. 1382 en 1383 op die wijze tegenover elkander stellen, dat art. 1382 zou spreken van schade, met opzet (dolus), art. 1383 over schade, zonder opzet maar door onvoorzichtigheid of nalatigheid (culpa) veroorzaakt. Het eerste heet dan gewoonlijk délit, het andere quasi-délit, in navol-

---

[1]) Zie b.v. Drucker, Rechtsg. Mag. 1890 bl. 597: Allen zijn het daarover eens, dat de daad, zal zij tot schadevergoeding verplichten, uit tweeërlei oogpunt afkeurenswaardig moet zijn: objectief en subjectief.

Van eene andere leer is Diephuis XI, bl. 84 v.; hij meent dat de wetgever, als hij hier „schuld" bedoelde in eenzelfden zin als in strafrecht, dit wel duidelijker had mogen bepalen en uitwerken. Niemand zal het ontkennen, over duidelijkheid is hier niet te roemen; maar dan kan tegen alle meeningen, ook tegen die van Diephuis, met evenveel (of evenweinig) recht de objectie worden gemaakt, dat de wetgever, indien hij *dat* bedoelde, het wel duidelijker had mogen bepalen en uitwerken. Nu vat Diephuis „schuld" algemeen op als oorzaak-zijn, ook wanneer geen toerekening mogelijk is; zoo brengt hij onder art. 1401 het stukslaan van een ruit, al is 't door een krankzinnige, maar niet het breken van die ruit, doordien men er met uitglijden tegenaan valt. Ook de algemeene formuleering van art. 1483 geldt voor Diephuis (bl. 78 v.) als argument.

Met Molengraaff bl. 390 n. 1 zoude ik bij de door Diephuis bedoelde gevallen liever algemeen van „toedoen" willen spreken. Op de „redelijkheid" van de opvatting van Diephuis zullen wij hieronder de gelegenheid hebben terug te komen, wanneer wij de vraag bespreken, in hoever ook buiten het geval van schuld aanspraak op vergoeding — zij het dan op andere wijze te berekenen — behoort te kunnen worden gemaakt.

ging van de terminologie van Pothier; Zachariä § 446 [1]) verstaat evenwel, meer in aansluiting aan de Romeinsche voorstelling, onder délit de aansprakelijkheid voor eigen handelingen, onder quasi-délit die voor handelingen van anderen (m. a. w. de bepalingen van artt. 1384 v. C. c., artt. 1403 v. B. W.). Anderen zien in artt. 1382 en 1401 den regel over de aansprakelijkheid wegens daden, in artt. 1383 en 1402 dien over de aansprakelijkheid wegens niet-doen [2]). Zooals art. 1402 thans *de daad* stelt tegenover *de nalatigheid of onvoorzichtigheid*, kunnen wij moeilijk aan iets anders denken dan aan eene tegenstelling van commissie en omissie. Daarmede zoude zich dan verklaren, dat in art. 1402 het woord „onrechtmatig" niet herhaald is; de wetgever konde dit overbodig achten, nu hij het vorige artikel eenvoudig aanvulde [3]). Van den anderen kant, dan vraagt men weêr, waarom hier naast de nalatigheid de onvoorzichtigheid wordt genoemd, die toch ook bij commissie mogelijk is. Bij Domat, zagen wij, was de bepaling één; hij sprak hier zelfs niet van opzet, maar alleen over Dommages causés par des fautes sans dessein de nuire, en verklaarde daarbij dat de aansprakelijkheid geldt bij imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit sçavoir ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être. Veel practisch gewicht kan ik echter ook aan deze woorden-quaestie niet hechten [4]). De beide bepalingen te

---

[1]) Zie hierboven bl. 33 n. 1. Aubry en Rau § 446 volgen de gewone terminologie, maar erkennen dat de gevallen van art. 1384 met quasi-délits kunnen worden gelijk gesteld.

[2]) B.v. Marcadé ad art. sub V.

[3]) Het is althans niet aan te nemen, dat de wetgever bij het nietdoen zoover zou willen gaan als van Toullier n. 117 gezegd wordt; zie hierboven bl. 31 n. 2.

[4]) Over de opvatting van Toullier volgens Roelfsema bl. 46 sprak ik reeds op bl. 31 n. 1. Volgens Diephuis bl. 89 wordt door het woord „onvoorzichtigheid" de bepaling van art. 1402 aangevuld; zie evenwel weder Opzoomer, bl. 322 n. 2. Het komt mij voor, dat op de redeneering: „De wet legt nu de verpligting op tot vergoeding der schade, die men iemand veroorzaakt heeft door eene onregtmatige daad of door nalatigheid, maar ook wanneer men het gedaan heeft door onvoorzigtigheid, al

zamen treffen den dader, hetzij hij met opzet of enkel met culpa heeft gehandeld, en zoowel wanneer hij door zijn (onrechtmatig en toerekenbaar) doen als wanneer hij door zijn (onrechtmatig en toerekenbaar) niet-doen de schade veroorzaakte. Bij het niet-doen bood de actio ex lege Aquilia geen hulp [1].

was het ter gelegenheid eener daad die anders op zich zelve niet onregtmatig was", zeker zijne hierboven op bl. 40 n. 1 aangehaalde woorden toepasselijk zijn, nl. dat „de wetgever dit dan wel duidelijker had mogen bepalen en uitwerken".

[1]) Verg. Windscheid § 455, n. 8 en 9, en hierboven bl. 16 n. 1.

De indeeling der verbintenissen naar de bronnen, waaruit zij ontstaan, levert ontegenzeggelijk gewichtige moeilijkheden op. Het ligt voor de hand, in de eerste plaats aan de overeenkomsten, en onmiddellijk daarna aan de delicten te denken; maar waar moet het overblijvende geplaatst worden? De Romeinsche juristen, het is bekend, spraken van variae causarum figurae, of wel van obligationes quasi ex contractu en quasi ex delicto; de eerste uitdrukking zegt weinig [1]), de andere is reeds in zoover onvoldoende, dat bij verscheidene dier verbintenissen ook van eene gelijkenis met contract of met delict weinig te bespeuren is. De Fransche wetgever (art. 1370 C. c.) onderscheidt de verbintenissen, welke uit overeenkomst, en die, welke zonder overeenkomst ontstaan; de laatste verdeelt hij weêr naarmate zij ontstaan alleen uit de wet of wel uit eene handeling van hem, die verbonden is; tot de verbintenissen uit de wet worden alle verbintenissen gebracht, welke ook onafhankelijk van den wil ontstaan, b.v. die van voogden en andere bewindvoerders, wien het niet vrijstaat de hun opgedragen taak te weigeren; de andere groep bestaat uit de quasi-contrats, de délits en de quasi-délits. Behalve dat de grens tusschen délit en quasi-délit onzeker is, laat hier de tegenstelling van het quasi-contrat en de verbintenis, die alleen uit de wet ontstaat, eenige moeilijkheid over; zal b.v. een voogd of bewindvoerder, die de betrekking had kun-

[1]) Zij komt overeen met het thans gebruikelijke: Verbintenissen uit „andere" rechtsfeiten.

nen weigeren maar niet geweigerd heeft, in een anderen toestand verkeeren dan een voogd of bewindvoerder, die tot de aanvaarding verplicht was? Bij art. 1269 B. W. is de indeeling van art. 1370 C. c. in hoofdzaak gevolgd; alleen wordt daar noch van quasi-contracten noch van quasi-delicten meer gesproken [1]). Doch ook thans is het niet volkomen duidelijk, waar de grenslijn ligt tusschen de verbintenissen uit de wet alleen en die uit de wet ten gevolge van 's menschen toedoen.

Van meer gewicht evenwel dan deze vraag over de groepeering der verbintenissen is het te weten, in welke gevallen werkelijk eene verbintenis bestaat. Juist in dit opzicht is het, dat wij het onvolledige, het onafgewerkte van het verbintenissen-systeem hebben te betreuren. Veel is reeds gewonnen in vergelijking met het Romeinsche recht. Oorspronkelijk kende dit zelfs niet algemeen aan de overeenkomsten verbindende kracht toe. Afgezien van de obligatio naturalis, die zelve eerst met de receptie van het jus gentium haar intrede deed, werd eene actie alleen toegekend aan de formeel aangegane contracten, en bij uitzondering aan enkele met name erkende overeenkomsten. De Romeinsche rechtsgeleerden wisten vele moeilijkheden daarbij te ontgaan door onder een erkend Nomen allerlei gevallen te brengen, waaraan aanvankelijk wel niet zal zijn gedacht; ook door de invoering van de actio praescriptis verbis, bij de bilaterale innominaat-contracten toegekend aan hem, die van zijnen kant de overeenkomst was nagekomen, werd menige onbillijkheid weggenomen, en eveneens door de erkenning van bepaalde pacta door den praetor of door den keizer, in den geest van de civielrechtelijke nominaat-contracten. Er is hierbij nog iets eigenaardigs op te merken, nl. dat niet altijd scherp werd onderscheiden tusschen contract en delict, in zoover als in allerlei gevallen, die volgens onze opvattingen tot het gebied der overeenkomsten behooren, de rechtsdwang werd toegepast van de private delicten; wij herinneren aan de voorbeelden van den agrimensor, den argentarius en het receptum, terwijl ook depositum en

---

[1]) Voorduin V, bl. 71.

precarium nog sporen bleven vertoonen van eene dergelijke voorstelling; eveneens werd misschien oorspronkelijk bij de verbintenis der sponsores aan een delict gedacht [1]). Dat alles is in ons recht anders: alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken aan de partijen tot wet. Intusschen omtrent de overige bronnen van verbintenissen bestaat ook thans weinig meer zekerheid dan bij de Romeinen; op te sommen zijn eene menigte gevallen, waarin stellig eene persoonlijke actie wordt toegekend, die niet uit overeenkomst en dus uit de wet ontstaat, doch maar al te veel gevallen blijven over, waarbij wij in de onzekerheid worden gelaten, of eene zoodanige actie zou kunnen worden ingesteld en toegewezen. Bij de verbintenissen uit de wet vinden wij te dien opzichte niet een dergelijken algemeenen regel als bij die uit overeenkomst, en waar de wetgever er toe overgaat een regel te stellen, die althans een deel van het gebied zal beheerschen — ik bedoel art. 1401 —, daar laat die regel nog onzekerheid over omtrent zijne beteekenis, bepaaldelijk omtrent de gevallen, welke door dien regel worden getroffen.

Ik meen na een ernstig onderzoek te moeten besluiten, dat artt. 1401 v. enkel gelden bij schade, door eene met de wet strijdige daad toegebracht. Ik erken, dat met die uitlegging allicht eene rechtsvordering tot schadevergoeding zal moeten worden ontzegd, ook waar de billijkheid dier vordering boven alle bedenking verheven is. Dit kan dan een reden zijn voor den wetgever om in de bestaande leemte te voorzien. En hierbij kan het de vraag zijn, of het geraden is eenvoudig een algemeenen regel aan te nemen, die alles, maar misschien ook te veel zal omvatten, en die alles op dezelfde wijze zal behandelen, al zijn wellicht verschillende

---

[1]) Verg. Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II, bl. 730 v. en Dernburg, Pand. § 199. Men schijnt de aansprakelijkheid voor een zaak, die eigenlijk alleen een ander betrof, eenvoudig op grond van gegeven belofte, moeilijk te hebben kunnen aannemen, maar eerder gedacht te hebben aan het schenden van een eereplicht, dat dus met infamie moest worden getroffen, als het getuigenis van betrouwbaarheid omtrent den borg, veelal een client der gens, gegeven, niet werd ingelost.

regelen voor de verschillende gevallen gepast. Ik meen ook deze vragen te moeten stellen; al kan art. 1401 ook mij niet bevredigen, ik twijfel of wij geholpen zouden zijn met eene wijziging der bepaling in dien ruimen zin, dien velen reeds nu aan dat artikel willen toekennen. Ook hier bestaat het gevaar, dat men te weinig inductief te werk zal gaan; eerst na zorgvuldige beschouwing van de verschillende gevallen en van hetgeen daarbij de billijkheid eischt, kunnen wij veilig regelen opbouwen. Men kan aan vele wetgevers van vroeger en later tijd met recht verwijten, dat zij hun taak te weinig breed hebben opgevat en dat zij bepaald op het gebied van het ontstaan der verbintenissen te veel bij de bijzondere gevallen hebben stil gestaan; maar hunne fout bestaat dan daarin, dat zij zijn blijven stilstaan en niet getracht hebben tot meer algemeene regelen te geraken.

Voordat wij echter overgaan tot de bespreking van het jus constituendum, rijst voor ons de vraag, of niet aan die oude onderscheiding tusschen jus constituendum en jus constitutum te veel wordt gehecht, of nl. niet de rechter bevoegd is de wet toe te passen in zulken geest als hij rechtvaardig en billijk acht, nog scherper gezegd, of hij haar niet mag ter zijde stellen, indien de gerechtigheid dit vordert. Ik meen hier over deze, in de laatste jaren veel besprokene vraag [1]) ook mijne meening te moeten uitspreken. In het bijzonder wordt die leer van de uitgestrekte bevoegdheid des rechters veelal op de bepaling van art. 1401 toegepast, en het ligt voor de hand dat, indien het ons vrijstaat die leer aan te nemen, het tot nog toe geleverde betoog over de beteekenis van art. 1401 vrijwel overbodig zou zijn geweest. Op dit punt ontmoeten elkander zij die, als Molengraaff en de nieuwere Fransche schrijvers, aan het artikel een ruime strekking toe-

[1]) Zie daarover o. a. Mr. G. Wttewaal, Wetsminachting, in Themis 1895, bl. 230 v. Mr. F. A. R. A. baron v. Ittersum, De verhouding van den rechter tot de wet, in Rgel. Mag. 1895, bl. 145 v. Mr. J. F. Houwing, Wet en Rechter, inaug. rede te Amst. 11 Oct. 1895. Onder de Duitsche rechtsgeleerden is het vooral Kohler, die met veel vuur voor het jus constituendum optreedt. Nog onlangs beklaagde hij zich heftig over de bejegening, die zijn streven heeft ondervonden (zie Grünhuts Zeitschrift 1896, bl. 219); zijn tegenstanders zullen echter wederkeerig hem niet prijzen over zijne heuschheid in het debat, en zeker niet over de waardeering van hunnen arbeid tegenover zijn eigen werk. Zie ook Schloszmann, der Vertrag, bl. 169 v.

kennen door het woord „onrechtmatig" te interpreteeren als „ongeoorloofd", en zij die meenen den rechter de vrijheid te mogen geven om den regel ruim te nemen reeds omdat de gerechtigheid dat gebiedt [1]); dezen willen toegeven, dat art. 1401 oorspronkelijk een meer beperkte beteekenis heeft gehad, maar zij beweren dat thans die beteekenis gewijzigd is in verband met de geheel gewijzigde opvattingen van ons rechtsleven.

De lezer gelieve er van overtuigd te zijn, dat het mij allerminst te doen is om het genoegen van de uitweiding, die ik hier laat volgen [2]) — en die de lezer kan overslaan, wanneer hij de ruime zienswijze omtrent de taak des rechters niet deelt. Het is weinig opwekkelijk een debat te voeren, wanneer te verwachten is dat de tegenpartij in geen geval genegen zal zijn iets anders aan te nemen dan volslagen onderwerping: en de toon, waarop men pleegt te spreken tot hen, die meenen zich aan de positieve wet te moeten houden, is, vreemd genoeg, van dien aard dat alle hoop om eenige overeenstemming te verkrijgen moet worden opgegeven. Daarbij komt er nog eene, niet geringe moeilijkheid; men blijkt zijne leer zóó hoog te stellen, dat men aan den haar verschuldigden eerbied meent te kort te doen door haar tegen de ongeloovigen met bewijsgronden te verdedigen. Sprekend zijn b.v. in dit opzicht de paar bladzijden, door mijn ambt-

[1]) Dat Molengraaff in het algemeen den rechter vrijheid toekent tegenover de wet, zooals Treub het voorstelt in W. v. N. en R., n. 1023, komt mij minder juist voor. In zijn Verkeersrecht in wetgeving en wetenschap onderscheidt hij het officieele recht, dat bij uitsluiting afdwingbaar is, ook wanneer het niet zijn grondslag heeft in de heerschende rechtsovertuiging, en het andere, dat correct gesproken geen rechtsregelen geeft, ofschoon men er zich niet alleen naar gedraagt, maar het zich zelfs in de rechtszaal erkenning wist te verwerven.

Het is misschien waar, dat feitelijk zijne opvatting van art. 1401 „Neubildung" is (Mr. van Ittersum, bl. 187), maar hij komt daartoe langs den weg van interpretatie. Dat die interpretatie met een bepaalde strekking is ondernomen, is zeker geen absoluut bezwaar. — Zie verder op bl. 50 n. 3.

[2]) Zie in denzelfden geest mijne opmerkingen in Themis 1891, bl. 59 v.

genoot Naber aan de dissertatie van M. Polak gewijd in het Rechtsgel. Mag. van 1893, bl. 607 v. Men verwijt den ouderen, dat zij een dogma vereeren; dat is de gebruikelijke term voor eene meening, waarmede men zich niet kan vereenigen; maar hoe moeten wij de vervoering betitelen, waarmede de banier van de nieuwe heilsleer wordt gezwaaid?

Dit alles is evenwel van minder gewicht; het betreft meer den vorm dan de zaak, en den vorm heeft ieder te kiezen voor zich zelf. Ik waag intusschen de onderstelling, dat de hier gebruikelijke vorm beter doel zal treffen bij een mondeling debat dan bij een schriftelijke behandeling. Doch er is nog een grooter bezwaar. De bedoelde leer wordt gewoonlijk wel op stelligen toon verkondigd, en daarbij wordt zij steeds voorgesteld als nieuw en als principieel verschillende van de algemeen gehuldigde opvattingen, en toch — ik weet bijna niet hoe wij het hebben uit te drukken — telkens geeft men den indruk, alsof eigenlijk de leer niet zoo kras bedoeld is als zij zich voordoet, en alsof men alleen opkomt tegen opvattingen, die naar ik meen in werkelijkheid vrij zeldzaam zijn. Ik wil een eenigszins recent voorbeeld noemen: Mr. Levy bij de bespreking van het Alkmaarsche vonnis over de oorzaak der overeenkomsten (dd. 7 Juni 1894, zie W. 6529) verklaart in W. 6557 als zijne meening omtrent de bevoegdheid van den rechter: „De rechter ga, krachtens maatschappelijke ontwikkeling, binnen de grenzen van een leerstuk zóó ver, totdat hij, verder gaande, het wetsvoorschrift regelrecht omver werpen zou. Op dit laatste na is alles hem geoorloofd." Hoe hebben wij dit op te vatten? Mr. Levy zegt nadrukkelijk tegen Mr. A. A. de Pinto [1]), zich niet te vereenigen met diens voorstelling, dat de rechter niet op het gebied van den wetgever mag treden. Maar zou Mr. de Pinto den rechter niet de vrijheid willen laten, door Mr. Levy voor hem gevindiceerd? Ik voor mij althans zoude er geen bezwaar in zien, die aangehaalde woorden te onderschrijven, terwijl ik toch met Mr. de Pinto's

---

[1]) Doelende op diens aanteekeningen in W. 6430 en 6463 en hoofdartikelen in W. 6513, 6514 en 6534.

voorstelling wil medegaan; des rechters taak is het zeker, zijne bevoegdheid ten volle te gebruiken — als men er op gesteld is, ook: krachtens maatschappelijke ontwikkeling; maar hij moet zich houden aan de wet, en haar voorschrift noch „regelrecht" noch op eene andere wijze omver werpen. Een dergelijke dubbelzinnigheid vind ik in de uitingen van Mr. Treub [1]); aan den eenen kant felle aanvallen tegen de groote meerderheid der oudere rechtsgeleerden en rechters — wien hij toch, bepaaldelijk als hij denkt aan zijn voornaamsten antagonist, Mr. de Pinto, niets meer kan verwijten dan dat zij den rechter niet de bevoegdheid van den wetgever willen toekennen — en betuigingen van instemming met de leer van Prof. Naber, hoezeer cum grano salis op te vatten; maar aan den anderen kant de stelling, dat „*zoo dikwijls de wet verschillende zienswijzen toelaat* [2]), het van de overtuiging des rechters afhangt, welke zienswijze hij zal verkiezen, die welke het best in het dogma past of die welke het meest voldoet aan de practische behoeften" [3]). Het schijnt dus wel, dat sommigen hun vleugelen toch eenigszins bezwaard gevoelen door datzelfde aardsche stof, waarin zij maar al te velen neêrgebogen zien. Doch die onzekerheid maakt de zaak nog al lastig. Men zegt ons: „Wij zouden de stelling van onzen vriend Naber liever aldus formuleeren:

[1]) Zie W. v. N. en R. n. 1271, 1272 en 1287, en Sociaal Weekblad van 12 en 19 Mei 1894 tegenover Mr. A. A. de Pinto in de bl. 49, n. 1 geciteerde nrs. van het W. v. h. R. Verg. ook in vroegere jaargangen van het W. v. N. en R. passim, b.v. n. 1023, 1038—1041, en het daar door den heer A. J. M. van Lohuizen aangevoerde.

[2]) Ik cursiveer. Intusschen schijnt dit weêr zeer ruim te mogen worden opgevat; in n. 1023 en in n. 1263 b.v. verdedigt hij eene vrije leer, „al is die met de wet niet wel te rijmen".

[3]) W. v. N. en R. 1041. Het zou niet moeilijk zijn nog meer plaatsen te citeeren, maar het is onnoodig. Trouwens ook Mr. de Pinto bleek het niet duidelijk te zijn, hoever Treub eigenlijk wel wilde gaan. Molengraaff, bl. 392, kan geacht worden althans in dubio den rechter de vrijheid te willen laten; als zesde argument voor zijne uitlegging van art. 1401 — dus nadat hij zorgvuldig de beteekenis der bepaling heeft onderzocht — noemt hij, „dat zij voldoet aan de onafwijsbare eischen van een gezond rechtsleven in een wèlgeordenden staat".

Het verdient afkeuring, wanneer de rechter er niet naar streeft bij de toepassing van wetsartikelen zoodanig te werk te gaan, dat deze bij veranderende toestanden [1]) zoolang mogelijk bruikbaar blijven". Dit is iets anders dan de leer van Naber, die trouwens heet „door zijne voorliefde voor paradoxale stellingen zich te laten verleiden, zich zwarter, of liever rooder, voor te stellen dan in werkelijkheid het geval is". Maar moeten wij ons dan niet houden aan de voorstellingen, zooals zij ons door den auteur worden gegeven? Volgens Mr. Treub schijnt men dat zoo nauw niet te moeten nemen; onmiddelijk toch op die geciteerde „formuleering" laat hij volgen: „Aldus geformuleerd, sluiten wij ons bij die stelling zonder voorbehoud aan. Wij staan derhalve in deze quaestie tegen het W. v. h. R. lijnrecht over" [2]).

Welnu om alle misverstand en verwarring te voorkomen, verklaar ik mij te vereenigen met de leer, zooals zij door het W. v. h. R. wordt verkondigd, en mij te verzetten tegen eene leer, die lijnrecht daartegenover staat. Iets anders is het eene bekrompene interpretatie der wet te verdedigen, en daarbij met de maatschappelijke behoeften geen rekening te willen houden; omtrent dat punt wil ik gaarne — behoudens misschien eenig verschil in de toepassing, waarover wij hieronder nader zullen hebben te spreken [3]) — met Mr. Treub mede gaan; ik zou bijna durven zeggen, in dat opzicht nog meer overtuigd te zijn dan hij, in zoover als ik weinig noodzakelijkheid zie om tegen *dergelijke* handelwijze van den rechter met zooveel felheid op te komen; alle betoog daaromtrent acht ik over-

---

[1]) Ik merk op dat in het geval, waardoor tot het debat werd aanleiding gegeven (de toepassing van art. 1917 B. W.), van veranderende maatschappelijke toestanden toch weinig sprake is.

[2]) W. v. N. en R. 1271. In n. 1287 vernemen wij verder, dat Mr. Treub den heer Naber over de quaestie „Rechter en Wetgever" in den laatsten tijd meer dan éénmaal gesproken had, „maar dat wij niet den indruk kregen, hem zoo geheel verkeerd te hebben begrepen". Maar is het niet eerder de vraag, hoe de lezer den heer Treub heeft te begrijpen?

[3]) Verg. o. a. bl. 57.

bodig. Daarentegen verzet ik mij tegen eene leer, die den rechter de taak van den wetgever zou willen opdragen. Het is waar, er is reeds krachtig protest tegen aangeteekend; maar het steeds herhalen van een bewering, het is meer voorgekomen, maakt ten slotte bekeerlingen, vooral wanneer het geldt het aanprijzen van eene eenvoudige remedie tegen eene algemeen erkende kwaal. Tegenover het: Frappez toujours, is het telkens protesteeren noodzakelijk. De meening, dat onze in zoo menig opzicht gebrekkige wet — en in de eerste plaats het onvoldoende art. 1401 — verholpen kan worden, wanneer wij de rechters veroorloven bij de uitvoering der wetten daarop „het cachet hunner eerlijke overtuiging te drukken" [1]), heeft zooveel aanlokkelijks, dat zij gemakkelijk ingang moet vinden. Maar nu ik overtuigd ben, dat het middel niet toegelaten is, en dat het bovendien zelfs geen heil zou kunnen brengen, nu zie ik mij verplicht bij de deugdelijkheid van dat middel eenigen tijd stil te staan.

Eene eigenaardige plaats neemt Prof. Hamaker in onder de voorstanders van de uitgebreide macht des rechters [2]). Aan

---

[1]) Dit gelukkig gevonden woord is van de Middelburgsche Courant van 15 Nov. 1894, ter zake van de bekende quaestie over de keus tusschen eed en belofte.

[2]) Hamaker, het recht en de maatschappij, 's Grav. 1888, bl. 101 v.; zijne meening over de beteekenis van artt. 1401 v. spreekt hij uit op bl. 99. Of Mr. Treub hem geheel als medestander kan beschouwen, is niet volkomen duidelijk. Het is waar, door beiden wordt den rechter tegenover de wet groote vrijheid toegekend; Mr. Treub, zagen wij, maakt daarbij nog eenige scrupules, maar Hamaker legt zich rustig neer bij eene praktijk, die de vrijheid neemt om de fouten der wet te verbeteren en hare leemten aan te vullen, ofschoon de theorie beweert, dat alleen in de wet het recht te vinden is; bij art. 1401 intusschen meent hij, dat de wetgever zelf die vrijheid aan den rechter heeft toegekend. Hamaker wil echter, dat de rechter die vrijheid zal gebruiken om de in de maatschappij gebruikelijke wijzen van handelen in toepassing te brengen, en hij prijst het in de jurisprudentie, dat deze bij de bepaling van art. 1401 alle gewicht legt op „hetgeen men pleegt te doen". Maar zou Mr. Treub met dien maatstaf tevreden zijn? Is het niet integendeel ontevredenheid met maar al te veel ge-

het betoog, dat recht is wat in de maatschappij pleegt te gebeuren, wordt de opmerking vastgeknoopt, dat de rechter gewoonlijk zijne taak zoo opvat, dat hij uit zijne eigene betere kennis van dat recht het gebrekkige werk van den wetgever aanvult; bij de toepassing van artt. 1401 v. heeft hij zich de vraag te stellen — en hoe langer hoe meer, heet het, worden door de jurisprudentie de bepalingen in dien zin opgevat, zoo niet uitdrukkelijk, dan toch metterdaad —, of de dader anders heeft gehandeld dan men pleegt te doen en derhalve ook in dit geval met grond verwacht mocht worden. Omtrent het hoofdbetoog van zijn geschrift is het zeker niet tegen te spreken, dat op vele punten de rechtsovertuiging veeleer op de gebruiken berust dan omgekeerd; maar daarmede is nog niet uitgemaakt, dat die op gebruik berustende opvattingen ook de juiste zijn; wanhopende om te vinden wat *behoort te zijn*, mag men zich toch niet eenvoudig neêrleggen bij hetgeen *is*. Wij kunnen wel vertrouwen, dat in den regel de gebruiken een gezonde kern hebben, dat de maatschappij zich zelve het beste bewust is van hare behoeften en geene andere gebruiken zal aannemen dan die met hare behoeften overeenstemmen; de wetgever verwijst dan ook terecht zelf in menig geval naar die gebruiken [1]; maar een dergelijke waarschijnlijkheid kan toch niet voldoende zijn om ons de gebruiken, goede en slechte, te doen aannemen als recht. Wij hebben te streven naar goed recht, ook de rechter, wanneer hem de door Hamaker bedoelde macht toekomt om recht te vormen, en de maatschappij zelve, in wier gebruiken het recht zich openbaart. Maar betreden wij daarmede niet toch, actief, den weg van het philosophische recht [2]? Dat het recht niet gevonden wordt door het denken, als eene abstractie, los van de maatschappij, is duidelijk. Daarom kan ik mij ook geenszins vereenigen met Hamaker's denkbeeld om uit de gebruiken van de verschillende mensche-

---

bruikelijke handelingen, die hem naar verbetering doet uitzien? Verg. ook Mr. van Ittersum, bl. 210.

[1]) Verg. hierboven bl. 20 noot.

[2]) Verg. ook de opmerking van Dr. J. P. N. Land, Inleiding tot de wijsbegeerte, bl. 364 n. 1.

lijke samenlevingen van vroeger en van later tijden een soort van extract te bereiden, dat dan als het eigenlijke *recht* zou kunnen gelden [1]); een dergelijke abstractie heeft nooit bestaan, en heeft zelfs niet kunnen bestaan, en alleen toch met werkelijk bestaand recht kunnen wij rekening houden, al is het dan, dat wij het wenschen te verbeteren en daarbij aan het denken zeker een gewichtige rol toekennen. Hoe men overigens moge oordeelen over deze vraag omtrent de wording der rechtsovertuiging, voor de vraag, in hoever de rechter aan het positieve recht gebonden is, is dit van weinig gewicht. Al is het positieve recht grootendeels in de gebruiken geworteld, daaruit volgt niet, dat het moet vervallen zoodra zich andere gebruiken vormen. Wij willen het niet tegenspreken, waar de gewoonte als recht geldt, maar wel voor het geval, zooals het zich thans voordoet, van de wetgeving. Naar Hamaker's historische beschouwing over het ontstaan van wetgeving zoude deze oorspronkelijk weinig meer zijn geweest dan eene teboekstelling van hetgeen reeds door de gebruiken was vastgesteld, en ik wil toegeven dat onder dergelijke omstandigheden de rechter boven eene wellicht onjuiste voorstelling van die gebruiken zijne eigene betere kennis daarvan zou mogen stellen. Maar aangenomen al dat de wetgeving op die wijze hare intrede op het gebied der rechtsvorming heeft gedaan, zij is dan toch later geworden eene vaststelling van recht, in dien zin dat dit recht, al of niet aan de algemeene rechtsovertuiging ontsproten, vast zal staan, in de eerste plaats wanneer het zal worden toegepast door den rechter. Dat deze o. a. bij de toepassing van artt. 1401 v. zich misschien laat leiden door zijne ervaring omtrent hetgeen gebruikelijk is, kan als bewijs dienen voor Hamaker's leer, dat de rechtsovertuiging in het algemeen berust op die gebruikelijkheid, maar nu eenmaal uit de rechtsovertuiging de wetsbepaling is geboren, nu is er geen reden waarom deze de haar eenmaal toegekende kracht zal verliezen bij wijziging der rechtsovertuiging. Alleen zou dit een grond zijn om eene andere wetsbepaling te maken;

[1]) Zie hierover Themis t. a. p. bl. 57 v.

en dit zou gelden niet alleen wanneer het bestaan eener wetsbepaling niet meer met de rechtsovertuiging overeenkwam, maar ook indien, zooals dan eerder omtrent art. 1401 konde worden beweerd [1]), de rechtsovertuiging zich wijzigde omtrent hare toepassing. De *eigenaardige grondslag* der rechtsovertuiging doet bij de vraag omtrent de vastheid der wet niets ter zakė. Mij dunkt dit is zoo waar, dat iemand die Hamaker's leer omtrent het wezen der rechtsovertuiging deelt, den rechter de bevoegdheid kan ontzeggen om zich van de wet los te maken, en omgekeerd weêr iemand die bevoegdheid kan toekennen, al heeft hij omtrent die rechtsovertuiging andere opvattingen.

Wat eenmaal door den wetgever als recht is vastgesteld, moet door den rechter als recht worden erkend. Aan den wetgever is de zorg om goed recht vast te stellen en het onbruikbaar gebleken recht af te schaffen, maar de rechter heeft zich te houden aan de wet (art. 11 A. B.). Als Naber t. a. p. eenvoudig zegt: „Art. 11 der A. B. is een schoon artikel, doch de feiten leeren anders", dan zou dit hoogstens kunnen bewijzen, dat in de praktijk die regel niet gevolgd wordt; maar men zal toch niet verwachten dat wij eene waarheid, laat het dan zijn eene oude waarheid, zullen opgeven enkel op grond dat men ons komt verklaren: Nous avons changé tout cela. Evenmin overtuigt ons Mr. Treub [2]), wanneer hij art. 11 A. B. voorstelt als eene rechtstreeksche consequentie van de in den tijd, dat onze codificatie tot stand kwam, algemeen als geldig erkende leer van de trias politica, welke meende de taak van de wetgevende macht, die van de uitvoerende macht en die van de rechterlijke macht scherp te kunnen onderscheiden; de quintessens van deze leer zou men nl. zoo kunnen weêrgeven: de rechter is slaaf van het geschreven woord des wetgevers. Gesteld al dat art. 11 aan die leer der Trias zijn ontstaan te

[1]) Zie hieronder bl. 57 de opvatting van Mr. Treub. Ook Hamaker schijnt te denken aan een verandering der toepassing, die zich hoe langer hoe meer in de jurisprudentie openbaart.

[2]) W. v. N. en R. n. 1271.

danken had [1]), en dat die leer hier zou blijken tot eene verkeerde conclusie te hebben geleid, dat zou niet kunnen wegnemen, dat het artikel is geschreven en nog niet afgeschaft. Trouwens wanneer hier gesproken wordt van de taak des rechters bij de toepassing der wet, dan is dit eenvoudig eene andere uitdrukking voor de wijze, waarop in het algemeen de wet moet worden toegepast; reeds vóórdat eene quaestie voor den rechter komt, zal zij, wanneer de wet haar geregeld heeft, naar de wet moeten worden beoordeeld.

Wat art. 11 A. B. ons zegt, komt ook overeen met uitspraken van veel vroegere tijden, nl. met die der Romeinsche keizers uit den lateren, den eigenlijken monarchalen tijd: terwijl onder de republiek en in de eerste eeuwen van het keizerrijk de interpretatie samenging met eene verdere ontwikkeling des rechts, zoodat de rechtsgeleerde niet alleen het bestaande in zijne volle kracht deed gelden, maar daarop ook voortbouwde met allerlei aanvullingen en bijvoegingen, behield de Keizer zich voortaan alle macht voor, die vroeger bij de jurisconsulti of bij den praetor had berust [2]). Zoo is het ook

---

[1]) Verg. ook Drucker's inaugureele oratie te Groningen, 1882, en die van Houwing te Amsterdam 1895.

Overigens zegt Montesquieu over de taak des rechters weinig meer dan dat deze de wet heeft te volgen, omdat men toch moet weten waaraan men gebonden is. Tijdgenooten van hem kwamen nog veel sterker op tegen willekeurige en eigenmachtige rechterlijke beslissingen.

Ook bij de Duitsche rechtsgeleerden vindt men den regel, dat de rechter de wet heeft te volgen, algemeen streng vastgehouden (zie Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts I bl. 26 v.); toch was daar waarschijnlijk de leer van Montesquieu van weinig invloed. Het schijnt vooral Binding, Handbuch § 6, te zijn, die M. in het debat heeft gebracht.

[2]) Verg. Savigny, System I, bl. 296 v. Art. 11 behelst overigens nog iets meer dan die constituties eigenlijk bedoelden, maar wat zij onnoodig achtten er bij te voegen, nl. verboden is natuurlijk ook het „regelrecht omver werpen" van de wet (zie Mr. Levy, hierboven op bl. 49 aangehaald). Doch dit was ook in het oudere Romeinsche recht niet toegelaten; reeds Neratius verklaarde in l. 21 D. 1, 3: et ideo rationes eorum quae constituuntur inquiri non oportet; alioquin multa ex his quae certa sunt convertuntur. De grens is moeilijk te stellen, en door de jurisconsulti misschien ook niet altijd geëerbiedigd.

thans; naast het geschreven recht en naast het gewoonterecht — waaraan ook slechts een zeer bescheiden plaats wordt ingeruimd — is aan het juristenrecht niets meer overgelaten, ook niet al treedt de jurist als rechter op. Het mag zijn, dat in de praktijk gezondigd wordt. Ook bij Treub heet het: de feiten hebben geleerd. Wel klaagt hij, dat het dogma van de strenge toepassing der wet bij onze rechterlijke macht heeft gegolden, zoolang onze codificatie gegolden heeft, maar toch vindt hij voorbeelden genoeg ten bewijze, dat „het Burgerlijk Wetboek, gelijk het thans wordt opgevat, op vele belangrijke punten — niettegenstaande de wet onveranderd bleef — iets geheel anders behelst dan het deed volgens de opvatting in de eerste periode van zijn bestaan". Als het eerste dier voorbeelden noemt hij: „Toen was het begrip „onrechtmatige daad" volgens art. 1401 B. W. veel minder ruim dan thans volgens hetzelfde wetsartikel het geval is." Daargelaten of men zich niet te veel vleit, wanneer men meent in die aangehaalde gevallen eene gevestigde jurisprudentie te hebben verkregen, wat zou dit alles kunnen bewijzen? Het recht om de wet te interpreteeren wordt door niemand betwist; en het ligt in den aard der zaak, dat men door die interpretatie thans soms tot andere, laat ons hopen tot betere resultaten komt dan vroeger. Licht mogelijk is het, dat men tot het andere resultaat is geraakt na een opzettelijk zoeken, en dat men tot dit zoeken is geleid door een streven om de behoeften van het werkelijke leven te bevredigen [1]); maar hoe verleidelijk het zijn moge, het staat ons niet vrij op grond van die behoeften nieuw recht in de wet te leggen. Art. 11 A. B. is zeker een duidelijk artikel [2]),

---

[1]) Als voorbeeld ligt hier art. 288 B. W. voor de hand met het woord „buitensporigheden", waarover Mr. v. Ittersum t. a. p. bl. 168 v. Prof. Faure in Rechtsgel. Mag. 1891 bl. 96 v., een vonnis van Rotterdam 4 Nov. 1895 W. 6749 en een van Amsterdam 2 Jan. 1896 W. 6760. In dit geval zou men geneigd zijn te denken aan rechtsverandering.

[2]) Men zal wellicht zeggen, art. 11 is ook slechts een artikel, en niets heiliger dan andere artikelen. Maar bij dit artikel wordt nu ondubbelzinnig voorgeschreven, welke kracht aan de wet is toe te kennen. Is dit nu niet afdoende?

en dat de feiten anders spreken, is slechts zeer betrekkelijk waar en kan bovendien niets aan de bepaling veranderen.

Men gelieve mij bij dit alles wel te verstaan. Ik heb mij meer dan eens afgevraagd, of het noodig is zooveel betoog te geven over zaken, die toch duidelijk genoeg zijn. Maar ik moest wel besluiten voort te gaan, omdat de met zooveel klem verkondigde stelling ten slotte de beteekenis zou kunnen erlangen van eene algemeen erkende waarheid. Daarbij komt nog iets anders. Latet anguis in herba; dit zij zonder eenige booze bedoeling gezegd, maar zeker is het dat men de hoofdquaestie telkens in verband brengt met allerlei, dat eigenlijk slechts naast die quaestie staat. Daardoor wordt aanleiding gegeven tot ontboezemingen, op zich zelf beschouwd ontegenzeggelijk van groote waarde, maar gericht tegen stellingen en opvattingen, welke wij tegenstanders nooit hebben verkondigd en, wat meer zegt, welke wij ons niet mogen laten aanwrijven. Voor de stelling, dat de rechter vrij staat tegenover de wet, worden geen eigenlijke gronden aangevoerd, maar wie met die stelling zich niet gelieft te vereenigen wordt, om een term van Mr. Treub over te nemen, „zwarter voorgesteld dan in werkelijkheid het geval is".

Er is hier sprake van de wijze, waarop thans het recht wordt gevormd, waarnaar de justiciabelen zich hebben te gedragen en wannaar de rechter heeft uitspraak te doen. De vraag is — wij zagen hierboven, dat zij zoo door het W. v. h. R. werd gesteld — of de rechter bevoegd is het recht te wijzigen, zooals het door den wetgever is vastgesteld. Eene andere vraag is het, of de bestaande toestanden omtrent de rechtsvorming ook bevredigend zijn, en ik zoude er niet aan denken deze vraag bevestigend te beantwoorden; ons bestaande recht houdt geen gelijken tred met de steeds veranderende maatschappelijke toestanden. Wanneer eenmaal de rechtsvorming aan den wetgever wordt opgedragen — en vooral wanneer van den aanvang af het werk op vele punten zoo gebrekkig was als dat van onze nationale codificatie, getuige in de eerste plaats ons art. 1401 —, dan moet het raderwerk van de wettenfabricage

gemakkelijker en zuiverder loopen dan niet alleen in Nederland, maar ook in de meeste andere staten het geval schijnt te zijn. Dat men, den moed opgevende om aan de bestaande machinerie de noodige verbeteringen aan te brengen, een rechtsvorming zou wenschen in den geest van hetgeen men juristenrecht pleegt te noemen, en dat men daarbij denkt aan het schoone voorbeeld van oud-Rome, niets is natuurlijker. Dien wensch kan ik deelen, doch daarom zoude ik onzen rechter nog niet tot die taak willen roepen [1]). Ik twijfel geenszins aan zijne bekwaamheid om goed recht te spreken, maar wel aan zijne bekwaamheid voor de veel zwaardere taak om goed recht te vormen. Ik wil mij niet verdiepen in de ijdele vraag, of onze tegenwoordige rechters en andere rechtsgeleerden op het zelfde peil staan als de Romeinsche juristen, maar wij mogen toch niet vergeten, dat ook bij de Romeinen die gewichtige taak alleen aan de uitstekendsten was toevertrouwd. Zoo zoude men ook thans slechts enkele juristen daartoe kunnen aanwijzen. Het onvoldoende der wet in te zien, vereischt niet veel ervaring of kennis, en zelfs daarbij zien wij dikwijls oordeel vellen met overijling en onverstand; maar om verbetering aan te brengen is — hoewel het velen ook niet aan den moed daartoe blijkt te outbreken — vereischt een grondige kennis zoowel van de maatschappelijke behoeften als van het recht zelf, en slechts weinigen zijn de bevoorrechten, die in het bezit zijn van die kennis en van het beleid, waarmede hier gehandeld moet worden. Zoude men het Romeinsche voorbeeld willen volgen, men zoude op dat alles te meer bedacht moeten zijn, nu onze maatschappelijke toestanden nog veel samengestelder zijn geworden, en wellicht op nog minder

---

[1]) Men zal misschien zeggen, dat men niet beweerd heeft zoover te willen gaan en dat men den rechter alleen de macht wil toekennen in de hem voorgelegde zaak zich los te maken van de wet. Doch het beginsel is hetzelfde; zelfs, zooals ook de geschiedenis van het Romeinsche recht ons leert, leidt van zelf de nieuwe beslissing van het bepaalde geval tot eene regeling voor alle dergelijke gevallen. Daarom achtte ik het dus gepast die macht van den rechter zoowel ten aanzien van de rechtsvorming als van de rechtsbedeeling te bespreken.

bevredigende wijze geregeld zijn dan in die tijden het geval was.

Al meen ik dus den rechter niet de bedoelde vrijheid te kunnen toekennen, daarin is geenszins een bewijs te zien van onverschilligheid omtrent rechtsvorming. Ik geef het gaarne toe, niet alleen het recht maar ook die rechtsvorming is gebrekkig. Ik wil er bijvoegen, dat ik in beginsel geenerlei bezwaar heb tegen de ontwikkeling van het recht door de rechtsgeleerden en niet enkel door den wetgever. De opvatting van den lateren Romeinschen keizer (zie hierboven bl. 56) over de beteekenis van de wetgeving past niet voor onze tijden; allerminst zeker die van Justinianus, alsof met zijne codificatie het recht voor goed te boek gesteld was. Ons privaatrecht, dat zich ook zeker met de maatschappij zelve weder moet ontwikkelen, wensch ik door de overheid slechts vastgesteld, zoo weinig mogelijk geschapen te zien; het recht moet opwellen uit de maatschappij zelve. In zoover is er misschien op dit punt meer overeenstemming omtrent het beginsel dan wel omtrent de toepassing; het verschil is niet groot tusschen eene wetgeving, zooals zij gewenscht mag worden, steeds zich aanpassende aan de maatschappelijke behoeften, en een juristenrecht, zooals dit bruikbaar en nuttig zoude zijn. Maar eene regeling, eene bepaling van het juristenrecht acht ik dan noodzakelijk, en hierin is een gewichtig verschil in opvatting gelegen. Mede te werken tot de rechtsvorming moet iederen rechtsgeleerde (en evenzeer den niet-rechtsgeleerde) vrij staan, die daartoe de kracht in zich gevoelt; maar tot het scheppen van recht zoude ik hem die bevoegdheid niet willen toekennen. Gehoord zouden mogen en moeten worden allen, die blijken iets belangrijks te kunnen mededeelen; en voor de hand ligt het zeker, dat naar den rechter met belangstelling zou behooren te worden geluisterd. Maar aan de rechtspraak als zoodanig algemeen rechtsvormende kracht toe te kennen, komt mij ook in jure constituendo bedenkelijk voor. Niet alleen zouden waarborgen noodig zijn, o. a. op het punt van geleidelijkheid en van gelijkheid, maar ook zoude men van de deugdelijkheid der beslissingen zich verzekerd moeten kunnen houden. Intusschen, wat dan die bepaald aangewezen juristen — waar-

onder zeker ook weder rechters zouden kunnen worden opgenomen — als recht zouden hebben vastgesteld, zoude, zoolang het niet veranderd was, als recht moeten vaststaan, om dezelfde redenen die dit voor de wet wenschelijk maken. Zooals ik reeds zeide, een dergelijk juristenrecht verschilt weinig van een wet.

In een weigering om den rechter de bedoelde vrijheid tegenover de wet toe te kennen, ligt ook geen bewijs van onverschilligheid omtrent rechtsbedeeling. Ik kan geen twijfel te dier zake toelaten, noch ook een dus geopperden twijfel laten dienst doen om de kracht te ontnemen aan het verzet tegen de nieuwe leer. Rechtvaardige en billijke rechtspraak wordt ook nagestreefd door die ouderen, die men gelieft te betitelen als schriftgeleerden en hoe al verder de vriendelijke benamingen mogen zijn. Wanneer Mr. Treub dus zegt [1]), dat de meesten onzer juristen hun kennis alleen uit hunne wetboeken vergaren en de maatschappelijke vraagstukken overlaten aan — in hunne oogen maar half toerekenbare — politicasters, die niet beseffen dat er voor den waren jurist niets is buiten schriftgeleerdheid, dan komt hij op een geheel andere zaak, dan waarover de eigenlijke strijd liep. De vraag was, of de rechter zich moet houden aan de wet; Mr. Treub betoogt dat de wet, met haar tijd niet meêgaande, niet aan de maatschappelijke behoeften voldoet en dus aanleiding geeft tot dikwijls onbevredigende vonnissen, wat intusschen voor de gestelde vraag niet afdoet en wat hem niet wordt tegengesproken door de personen, met wie hij den strijd voert, en die alleen bezwaar hebben tegen zijne remedie. Maar nu maakt hij de verwarring nog grooter, door een phantoom op te roepen, dat ik weet niet in welke school opgeleid en ik weet niet in welke duisternis voortlevende, vonnissen velt, blind voor de gevolgen, en zich niet bekommerende over het billijke of onbillijke, het rechtmatige of onrechtmatige dier uitspraken. Dat over deze caricatuur van een rechter fiolen van verontwaardiging worden uitgestort, laat ons volkomen koud; en het wil ons voorkomen, dat ook door deze over-

---

[1]) W. N. en R. o. a. n. 1272.

dreven voorstelling van de kwaal het betoog van Mr. Treub weinig heeft gewonnen. Tegen een wijze van rechtsbedeeling, als hij ons voorstelt, is het niet noodig zijn nieuwe leer op te stellen; het is zelfs zeer de vraag, of die leer niet juist bij de toepassing door zulke rechters de noodlottigste gevolgen zou hebben.

Wij komen hier weder terug op het punt, dat reeds hierboven, op bl. 49, ter sprake kwam, nl. over de grenzen van de stelling omtrent de vrijheid van den rechter tegenover de wet. Wij merkten daar op, dat wat de heeren Levy en Treub beweerden, bij nadere beschouwing minder ver scheen te gaan dan men bij eene meer oppervlakkige lezing allicht zou denken, en dat hunne bewering, in de meer beperkte „formuleering" opgevat, ook door de meesten van hen zal worden gedeeld, die hunne tegenstanders heeten. Hier blijkt Mr. Treub werkelijk dien meer beperkten zin aan zijne stelling toe te kennen, maar hij geeft nu aan die stelling nieuwe beteekenis door een eenigszins scheeve voorstelling van de leer en praktijk zijner tegenstanders. Doch ik herhaal, die tegenstanders zullen nooit goedkeuren, dat de rechter zich niet volkomen vrij beweegt binnen de grenzen, hem door de wet gesteld; men heeft geen recht hun dergelijke bekrompenheid aan te wrijven, en dat enkel op grond van hunne meening omtrent het bestaan van zulke grenzen. De afkeer voor eeredienst aan dogma's en begrippen kan dan ook even innig zijn bij hen, die geschreven recht noodzakelijk achten, die althans den rechter niet meenen te kunnen belasten met de taak van de rechtsvorming, als omgekeerd dogma's en begrippen omhelsd kunnen worden door hen, die met een stelsel van wetgeving minder ingenomen zijn; men zie slechts om zich heen en de voorbeelden springen maar al te veel in het oog. Intra muros peccatur et extra; laat ons het eerlijk erkennen, en laat ons gezamenlijk streven om ons recht van dergelijke gebreken te zuiveren. Er is op dit punt aan ons recht veel te verwijten, maar zoolang wij de schoolschheid — hetzij deze van ouderen of van jongeren datum moge zijn — niet in ons zelven hebben overwonnen, zal ons recht niet worden wat het wezen moet. Maar hangt

dit samen met de wijze van rechtsvorming? Ik kan het niet inzien. Wien men de taak om het recht te ontwikkelen wil overlaten, den wetgever, den rechter, den rechtsgeleerde, den leek misschien, geen hunner zal deugdelijk werk leveren, wanneer hij zich niet van de bedoelde fout weet vrij te houden; maar ook geen hunner meene voor dergelijke gebreken volkomen gevrijwaard te zijn. Men verwijt aan de ouderen orthodoxie, maar zien wij niet telkens hen, die eene oude leer verwerpen, na langer of korter tijd een nieuwe leer opstellen, die zij even trouw dienen als de anderen de hunne aanhangen? Het oude en overgeleverde heeft zijne macht, maar ook het nieuwe en zelfgedachte heeft zijne bekoring. Het zal hiermede in zake van de rechtswetenschap wel niet anders gaan dan met de andere onderwerpen van het menschelijke denken.

Het is gebruikelijk bij de quaestie, die ons bezig houdt, te wijzen op het gezegde van Gierke, Das Recht wird sozialer sein, oder er wird nicht sein. Maar ronduit gezegd, het is mij een raadsel, hoe iemand kan meenen dat dit hier iets kan afdoen, laat staan dat het iets tegen ons kan afdoen. Wat ik zooeven opmerkte over het gevaar van leerstelligheid, geldt ook hier. Is noodzakelijk de wetgever blind voor de maatschappelijke behoeften, en daarentegen een jurist, of laat ik voorzichtiger zeggen een niet-wetgever, altijd helderziende? En geldt ook weêr dat gevaar van blindheid in het bijzonder voor hen, die den rechter willen laten rechtspreken naar de wet? Ongetwijfeld moet aan het recht veel worden verbeterd, en niet het minste in die door Gierke bedoelde richting. Indien sommigen — hetzij dit dan toevallig voorstanders zijn van de beperkte of van de vrijere macht des rechters — hierbij eenigszins bedachtzaam zijn en de ingewikkelde vraagstukken niet met een enkelen regel meenen te kunnen oplossen, misschien ook het oog willen houden op meerderlei belangen [1],

[1] Mr. Treub in W. 1272 „zoude willen dat de juristen (de aanstaande rechters) zich bij hunne voorbereidende studiën" — Quaer. wat hebben wij daaronder te verstaan en welke wijziging in de opvolging

dan is dit geen reden om hun ernstigen wil om tot verbetering mede te werken in twijfel te trekken. Mr. Treub verklaart geen rechtswetenschap te erkennen *naast* de sociologie; maar tegen wie trekt hij daarmee weêr te velde? Let wel nl. dat die verklaring dadelijk zóó wordt gepreciseerd, dat de rechtswetenschap een onderdeel heet van de sociologie, waarvan de aanstaande rechters speciale studie hebben te maken. Maar ook naar de meening van Mr. Treub zal de rechtswetenschap wel niet letterlijk een deel uitmaken van de sociologie, tenzij men onder dezen term, die trouwens verschillend kan worden opgevat, meer zou willen brengen dan er gewoonlijk onder verstaan wordt, en daardoor noodelooze spraakverwarring doet ontstaan; in verband met de geheele tirade [1]) wordt eenvoudig bedoeld, dat gezonde rechtswetenschap — vooral wanneer het geldt de wijziging van verouderde regelen — steeds nauw verband moet houden met de studie van maatschappelijke verhoudingen. Dit nu zal niet licht worden tegengesproken. De vraag is echter, of de wetgever dan wel de rechter het recht in de gewenschte richting zal leiden, en ik kan weder niet inzien dat juist de rechter daartoe het meest geschikt is. Wetgeving is veelal geweest vorstenrecht, althans het recht van en voor de heerschende klassen; maar het is reeds meer opgemerkt, het voorbeeld der Twaalf-tafelenwet bewijst dat eene wet ook een meer democratischen geest kan ademen dan

---

hunner studiën zou hij wenschen? — „vóór en boven alles bezig hielden met maatschappelijke vraagpunten; dat alles er op aangelegd werd hen de vragen die onzen tegenwoordigen tijd bewegen te doen begrijpen, hen inzicht te geven in de groote hervormingen aan wier drempel wij staan, hen de behoeften en wenschen der werklieden te leeren verstaan, hen met één woord een beeld te geven van het hedendaagsche maatschappelijke leven met zijn vele gevaren en zijne vele contrasten." Het is misschien gewaagd, maar ik voel mij gedrongen te verklaren ook tegen dergelijke klassen-juristerij bezwaar te hebben.

Is bovendien de rechtsvorming, en dan nog op dat ééne punt, de eenige taak vàn de rechtsgeleerde? Hoe gewichtig die „groote hervormingen" ook zijn, er is toch nog meer te doen en de toepassing van het bestaande is zeker van niet minder belang.

[1]) W. N. en R. 1287, a. h. e.

gewoonterecht. Men zou daarbij kunnen voegen, dat ook bij rechtsvorming door den rechter deze aan den eenen kant allicht te weinig, aan den anderen kant misschien te veel geneigd zal zijn om in de bedoelde richting te werken, naarmate van den maatschappelijken kring, waartoe hij behoort. Voor den wetgever bestaat dit gevaar eveneens, maar voor den rechter althans niet minder. „Naar onze meening," zegt Mr. Treub, „staat de rechtswetenschap niet op een zóó hoog voetstuk als Mr. de Pinto haar plaatst, maar heeft zij zich bescheidenlijk te erkennen als een onderdeel der Sociologie". Het is mij niet duidelijk, in hoever hier sprake is van een voetstuk, door den een verlangd en door den ander misgund, maar heeft Mr. Treub door zijn betoog over de plaatsing naast of in de sociologie iets bewezen omtrent zijne stelling, dat de rechter bij zijn uitspraak mag „streven naar werkelijk recht doen", d. i. ook tegen de wet in, en zelfs ten aanzien van de stelling, waartoe hij ongevoelig overgaat, dat nl. de rechter die bevoegdheid behoort te hebben?

Zoo meen ik dus te mogen besluiten, dat het den rechter niet vrijstaat de beteekenis van art. 1401 te wijzigen. Wij hebben die bepaling te aanvaarden, zelfs wanneer wij haar afkeuren, en de rechter, ook al heeft hij met haar geen vrede, moet haar toepassen naar den zin, die door een nauwgezette en onbevooroordeelde interpretatie wordt aangewezen. Mocht het al waar zijn, dat onze rechters art. 1401 in een ruimeren zin plegen op te vatten, dan zoude daaruit geenszins volgen, dat die opvatting juist en eene rechtspraak overeenkomstig die opvatting geoorloofd is. Dat bovendien de verbetering van het recht door uitbreiding van de vrijheid des rechters juist bij het leerstuk van de onrechtmatige daad veel bedenkelijks zou hebben, schijnt mij boven allen twijfel verheven te zijn. Het probleem levert zoo velerlei moeilijkheid op, dat een ernstig rechter — al ziet hij zich verplicht over het hem voorgestelde geval uitspraak te doen — zich bezwaard zou moeten gevoelen bij de gedachte, dat zijne uit-

spraak mede zou gelden voor andere gevallen, waarover hij zelf misschien, indien zijn oordeel daarover was ingeroepen, eene andere beslissing zou hebben gegeven. Gesteld al dat bij menige bepaling der wet *de* rechter zou kunnen gelden als een betrouwbaar leidsman op het terrein van de „rechtvaardigheid", bij dit leerstuk zoude hij weinig meer kunnen doen dan ons de richting aanwijzen, waarin wij ons hebben te bewegen; wat in die richting gelegen is, is ook voor *den* rechter grootendeels nog een onbekend veld. Of wij al weten, de bepaling van art. 1401 moet ruimer worden, en al preciseert men het: overeenkomstig de sociale behoeften, het baat ons weinig; wij staan hier voor een uitgebreid en ingewikkeld leerstuk, dat tot klaarheid moet worden gebracht. Op dit jus constituendum wensch ik thans over te gaan.

Ik vlei mij, dat mijne uitweiding zal blijken voor mijn onderwerp noodig te zijn geweest. Van den anderen kant komt het mij voor dat de ter sprake gebrachte punten, die ongetwijfeld ook op zichzelf beschouwd van groot belang zijn, door het voorbeeld, dat mijn onderwerp uitmaakt, niet ongelukkig geillustreerd worden. Dit moge dan tot mijne verontschuldiging strekken, indien men meent dat ik mij tot noodelooze uitvoerigheid bij deze uitweiding liet verleiden.

Wij nemen na deze uitweiding den draad van ons betoog weder op [1]). Aannemende dat artt. 1401 v. alleen gelden bij schade, door eene met de wet strijdige daad toegebracht, moeten wij erkennen dat dan allicht eene rechtsvordering tot schadevergoeding zal moeten worden ontzegd, ook waar de billijkheid van zulk eene vordering boven alle bedenking verheven is. Ons rechtsgevoel komt daartegen in opstand. In vroeger tijden moge men zich hebben kunnen nederleggen bij eene zoo onvolledige regeling, in ons tegenwoordige maatschappelijk leven, met zijne steeds talrijker wordende onderlinge betrekkingen, en met onze steeds toenemende belangstelling voor al zijne deelen en onderdeelen, kan zij geenszins voldoen. Dat hier eene leemte bestaat in ons verbintenissenrecht, valt duidelijk in het oog. Hoe is zij evenwel aan te vullen? Men stelt ons voor, de bepaling van art. 1401 zoo te lezen [2]): Hij die anders handelt, dan in het maatschappelijk verkeer den eenen mensch tegenover den ander betaamt, anders dan men met het oog op zijne medeburgers behoort te handelen, is verplicht de schade te vergoeden, die derden daardoor lijden. Wij zagen dat hetzelfde geleeraard wordt door hen, die in het algemeen den rechter de vrijheid toekennen om zich los te maken van de wet. Ik zie daartegen echter, ook in jure constituendo, veel bezwaar.

In de eerste plaats vrees ik, dat die maatstaf zoude blijken

---

[1]) Zie bl. 46.

[2]) Zie bl. 19.

te streng en althans te onbepaald te zijn; den rechter zoude daardoor een te uitgebreide, althans een te weinig omschrevene macht zijn toegekend. Het stellen van een zoo algemeenen regel acht ik bedenkelijk, wanneer niet vooraf zooveel mogelijk van de zoo geheel verschillende gevallen onder de oogen zijn genomen. De ruime opvatting van art. 1401 zou ook in sommige gevallen collisie kunnen geven met andere, scherper omschreven bepalingen.

Bovendien zoude ook die voorgestelde regel onvoldoende zijn om te voorzien in een menigte van gevallen, die mede dringend voorziening vereischen. Daarin is geen grief gelegen tegen dien regel, waarmede men zeker niet beweerd heeft ook die bedoelde gevallen te treffen. Toch meen ik dat, hoewel dan onwillekeurig, juist de ruimere opvatting van art. 1401 de overschatting van de waarde dier bepaling in de hand kan werken. Eene verbintenis tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad wordt allicht aangenomen, waar misschien wel onrecht is aangedaan, maar toch geen vergoeding in geld behoort te worden toegewezen, of waar wel een geledene schade op anderen moet worden overgebracht, maar toch geen eigenlijke schadevergoeding kan worden gevorderd van iemand door wiens schuld de schade is veroorzaakt. In dergelijke gevallen kan het wenschelijk zijn een actie toe te kennen, of andere wettelijke maatregelen te nemen, en ons recht is op die punten maar al te onvolledig. Maar ten onrechte zoude men voor de aanvulling van al die leemten meenen zijn toevlucht te kunnen nemen tot de regelen omtrent schadevergoeding wegens onrechtmatige daad; en de aanwending van het onjuiste middel zoude die van het meer gepaste kunnen tegenhouden.

Dit brengt mij nog tot een ander punt. Noodig is het dat men zich wel duidelijk voorstelt, wat men in de verschillende gevallen eigenlijk verlangt, eene vergoeding van schade door den dader, die de schade heeft toegebracht, een overbrengen van schade op anderen, die beter in staat zijn haar te dragen en door hunne betrekking tot den benadeelde daartoe in meerdere of mindere mate zijn aangewezen, eene voldoening voor de

krenking, door het lijden van onrecht ondergaan, eene gevoelige terechtwijzing voor hem, die onrecht heeft gepleegd, of wat misschien verder nog beoogd mag worden. Wel zullen die verschillende overwegingen tot ongeveer gelijk besluit kunnen leiden: men verlangt betaling van eene geldsom aan hem, die schade heeft geleden; maar het is duidelijk dat die gelijkheid toch niet dan onvolkomen kan zijn. Met enkele opmerkingen omtrent aanvullingen, te dezer zake in de wet aan te brengen, zal ik besluiten.

In de eerste plaats zeide ik te vreezen, dat de voorgestelde regel te streng en althans te onbepaald zoude zijn. De verplichting tot schadevergoeding te bepalen tot handelingen tegen de wet acht men niet wenschelijk, en althans zooals die wet thans is, kan ik deze meening deelen. Maar door de actie toe te kennen bij alle „ongeoorloofde" handelingen, vrees ik, zouden wij in het tegenovergestelde uiterste vervallen. Denken wij bij de toepassing van dien regel aan het voorschrift der christelijke moraal, dat bv. Sourdat [1]) wil toepassen, dan zoude de staf moeten worden gebroken over allerlei handelingen, die niet slechts algemeen gebruikelijk zijn, maar die ook algemeen als geoorloofd worden aangemerkt. Daargelaten nog of zelfs het beginsel van handhaving van subjectieve rechten zich verdraagt met den hoogen eisch der christelijke leer, om nl. de belangen van den naaste op ééne lijn te stellen met de onze, zoude men van elke ook op zichzelf geoorloofde handeling zich hebben te onthouden, wanneer daardoor de belangen van een ander worden benadeeld. De grieven, soms ingebracht tegen de concurrentie — zelfs al is deze volstrekt niet deloyaal —, tegen machines en dergelijke uitvindingen, zou men bezwaarlijk als volslagen ongegrond ter zijde kunnen stellen, al is het van den anderen kant de vraag, of niet zulke zaken, wanneer men al hare gevolgen overziet, meer nut dan schade blijken te veroorzaken [2]). Indien men aan de leer

[1]) Zie hierboven bl. 20.

[2]) Het gestelde voorbeeld zal men misschien eenigszins gezocht noemen. Maar het ligt ongetwijfeld in de lijn van „de groote her-

van Sourdat wil vasthouden [1]), zoude men eene actie tot schadevergoeding moeten toekennen aan den handwerksman, wiens zaakje te gronde gaat, doordien zijn buurman een fabriek opricht, waarin hij dezelfde goederen voor lager prijs kan produceeren; de buurman zou wel buitengewoon onnoozel moeten zijn, wanneer hij dat gevolg zijner onderneming niet voorzag; hij handelt dus met schuld, faute, en hij doet den ander iets aan, dat hij zichzelven niet zou wenschen aangedaan te zien. Misschien zou dan weêr eene andere bepaling moeten worden gemaakt, waarbij hem eene belooning werd toegekend voor het voordeel, dat hij aan andere personen verschafte [2]); dringt men aan op de billijkheid, dan moet zij toch niet slechts naar enkele zijden worden betracht. Het ligt echter voor de hand, dat wij ons in dergelijke problemen van hoogere rechtvaardigheid niet kunnen verdiepen.

---

vormingen naar de behoeften en wenschen der werklieden" (zie hierboven bl. 64 noot). En zullen ook zulke vragen niet aan de orde komen, als de omstandigheden daartoe gunstig worden? Bij de behandeling in het bijzonder van de vraag over de deloyale concurrentie zullen wij overigens de gelegenheid hebben op dit punt terug te komen.

[1]) Iets anders is het, zooals reeds op bl. 32 bij de bespreking van Toullier's leer werd opgemerkt, wanneer het Axiome de morale naturelle et divine alleen als een beginsel wordt opgevat, waarop bepaalde rechtsregelen worden gebouwd. Maar dan is dat beginsel ook niet de rechtsregel.

[2]) Verg. ook de opmerkingen van Mr. Eyssell in Themis 1889, bij zijne bespreking van Mataja, das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der National-ekonomie. Op bl. 154 v. zegt hij — naar aanleiding van de bewering, dat de eigenaar van een goed of van een onderneming allerlei nadeel veroorzaakt, dat toch niet als toeval behoort gedragen te worden door hem, wien het treft —, dat anderen niet alleen nadeel ondergaan; tegenover het hinderlijke gedreun van den spoortrein staat de verbetering van de communicatie, en wil men de toevals-lasten laten vergoeden, dan moet men ook de toevals-baten in rekening laten brengen; de heide-ontginner zou een actie moeten hebben tegen den eigenaar van naburige goederen, welke door den boschaanleg voor overstuiving zijn behoed, de bouwondernemer tegen hem, wiens vroeger alleenstaande huizen door den bijbouw beter verhuurbaar werden.

De regel evenwel, zooals hij ons door Molengraaff wordt voorgesteld, verwijst naar eene moraal, die minder strenge eischen stelt en wier betrachting zeker niet onbereikbaar is, naar eene menschenliefde, die volgens de eenigszins triviale formule: commence par soi-même, die dus nederig erkent van meer wereldschen aard te zijn. Schadevergoeding is verschuldigd voor zulke handelingen, waarbij men te kort schiet in zijne maatschappelijke plichten jegens de medeburgers. Doch ook dan loopen wij gevaar, dat meer zal worden verlangd dan van den gewonen mensch verwacht kan worden. Menger [1]) bv. verklaart, dat „der Nullpunkt der Sittlichkeit, auf welchem sich der ordentliche Hausvater befindet" moet worden gebracht op het „höhere Niveau des wackern oder des braven Menschen", die niet opgaat in zijn Eigennutz, „der für Andere die durch Gesetz und Volkssitte gebotene Sorgfalt anwendet" en „einen Andern, den er leicht helfen kann, nicht in Gefahr und Noth verkommen läszt".

Dat ieder voor zich dergelijke aansporingen ter harte neme, is ongetwijfeld voor de maatschappij te wenschen. Maar zeker ook is het dat wij, wanneer wij op dergelijke beginselen rechtsregelen zouden willen bouwen, bij de toepassing maar al te dikwijls zouden worden teleurgesteld [2]). Men denke zich den Durchschnitt's burger niet te hoog; wel wordt de sociale mensch ook nog door andere krachten gedreven, maar de Eigennutz is toch bij allen, die aan het maatschappelijke verkeer deelnemen, de voornaamste drijver, en eerst waar hij zekere grenzen overschrijdt, kunnen de medeburgers zich beklagen en is het voor den wetgever geraden in te grijpen. Het mag eenigszins zwartgallig klinken, maar de groote menigte — en met haar hebben wij rekening te houden — is zwak. De uitspraak is niet hard; ik erken de vele verzachtende

[1]) In zijn bekende werk: Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, bl. 133 v.

[2]) Iets anders is het, of de wetgever verstandig doet, als hij soms zelfs niet de zorg van een goed huisvader verlangt. Wij zullen hieronder zien, dat bij de verplichting tot schadevergoeding ten onrechte moderatie wordt aangewend.

omstandigheden en zou dus veeleer tot beklagen dan tot veroordeelen geneigd zijn. Maar met de werkelijkheid hebben wij te rade te gaan. Van de toekomst kan wellicht meer worden verwacht, eene algemeene verheffing van plichtbesef en gemeenschapsgevoel, en in verband daarmede eene meer verhevene regeling van het maatschappelijke verkeer; maar thans hebben wij den mensch te nemen, zooals hij zich gewoonlijk vertoont in ons tegenwoordige maatschappelijke leven [1]).

Men zal zeggen, de voorgestelde regel bedoelt niets anders. Ik geef het toe, en wanneer ik mocht vertrouwen dat hij steeds zou worden toegepast in den geest, waarin hij is geformuleerd, dan zoude ik mijn bezwaar niet hebben geopperd. Maar op die uitvoering kan ik niet volkomen gerust zijn. Men kan niet tegenspreken, dat de bedoelde regel de strekking heeft allerlei onrecht te treffen, dat onder de bestaande gebrekkige wetgeving vrij kan worden gepleegd; op het gebied van privaatrecht zoude het eene dergelijke beteekenis hebben als in het strafrecht een artikel over „grober Unfug" [2]). En ligt daarin niet een gevaar dat de rechter, gedreven door den wensch den benadeelde vergoeding te verschaffen, soms te ver zal gaan? Zal hij zich bepaaldelijk niet laten verleiden tot toewijzing van een eisch tot schadevergoeding, een open oog en een warm hart hebbende voor de belangen van dien eischer, maar zonder de noodige aandacht te wijden aan de vraag, of den gedaagde die verplichting naar billijkheid kan worden opgelegd, of niet meer van hem verlangd werd dan van

[1]) Men meent, in het strenger maken van de aansprakelijkheid ligt eene opvoedende kracht; zie bv. Baron, Arch. f. d. civ. Praxis, 78 bl. 233 v. Intusschen erkent men daarmede, dat de tegenwoordige burger dat hoogere standpunt nog niet bereikt heeft.

[2]) Art. 360 n. 11 Strafgesb. Het is bekend, dat deze bepaling een dergelijke beteekenis heeft als § 183 Pr. Landr. II 20, handelende over straatschenderijen en dergelijke baldadigheid, maar dat er in de praktijk eene algemeene subsidiaire strafbepaling van is gemaakt, die bv. wordt toegepast op een journalist, die het een of ander neerschrijft wat geacht wordt de vaderlandsliefde te kwetsen, en op den ongeloovige, die bij het graf van een vriend een rede houdt, eindigende met: auf nimmer Wiedersehn.

den gewonen mensch kan worden verwacht? Noemt men de vrees overdreven, dan wijs ik zoowel op de vele gevallen, die men bij de ruime interpretatie van artt. 1382 v. C. c. en artt. 1401 v. B. W. onder die bepalingen meent te mogen brengen, alsook op het vele, dat met het toekomstrecht dier bepalingen in verband wordt gebracht. Wij zullen op die punten hieronder meer in het bijzonder terugkomen; maar dan meen ik, zal blijken dat misbruik van den regel geenszins onwaarschijnlijk is.

Intusschen, over deze quaestie van meer of minder is misschien weinig met zekerheid te zeggen. Een bezwaar echter, dat met het voorafgaande in onmiddellijk verband staat, kan ik moeilijk opgeven: de voorgestelde regel komt mij voor te onbepaald te zijn.

Niet alsof ik zou dwepen met een vaststellen van scherp belijnde regelen. Het is volkomen duidelijk, dat de wetgever voorschriften geeft voor groepen van gevallen, waarbij, eenigszins abstract, alleen die kenmerken in aanmerking worden genomen, welke de tot een dergelijke groep behoorende gevallen gemeen hebben. Maar voor den rechter doen zich de concreete gevallen voor, die behalve de bedoelde kenmerken elk hunne bijzondere eigenaardigheden vertoonen, en die dus niet in hunne volle waarde kunnen worden geschat, wanneer niet mede de bijomstandigheden in aanmerking worden genomen. Daaruit volgt, dat eene volkomen bevredigende uitspraak alleen dan zoude kunnen worden gegeven, wanneer den rechter de vrijheid werd gelaten al de bijomstandigheden in rekening te nemen, met dien verstande dat hij den in de wet neërgelegden regel niet had toe te passen, tenzij deze ook het thans voorgestelde geval op werkelijk billijke wijze bleek te beslissen; m. a. w. het ware wenschelijk, dat de rechter konde beslissen in dien zin als hij konde aannemen dat de wetgever zelf zoude hebben gedaan, indien hem het onderhavige geval was voorgelegd. Men zou dan met Hamaker de wet kunnen beschouwen als „een leiddraad, dien de rechter gebruikt, zoolang hij zijne leiding vertrouwt, maar zonder gewetensbezwaar laat liggen, indien hij meent den

weg zelf beter te kennen" [1]); de rechter ware te vergelijken met „den onderwijzer, die het officieele leerboek, dat hem als verplichte leiddraad in het een of ander vak van wetenschap was ter hand gesteld, met behulp van zijne eigene, door zelfstandig onderzoek verkregene, betere kennis van het daarin behandelde object aanvulde en verbeterde" [2]). Ik wensch echter reeds dadelijk op te merken, dat ik hierbij alleen het oog heb op eventueele vrijheid van den rechter om zich van de wet los te maken naar gelang van de bijzondere omstandigheden van elk bepaald geval, geenszins van eene bevoegdheid om in het algemeen de wet „aan te vullen en te verbeteren" [3]). Ik zou zelfs betwijfelen of een onderwijzer, als werkelijk hem het leerboek als „verplichte leiddraad" was gegeven, zich dergelijke vrijheid zou mogen nemen. Maar tegen zulk eene handeling van den rechter zoude ik zeker ernstige bedenking hebben. Reeds hierboven, bl. 59 v., sprak ik mijne overtuiging uit, dat de wijsheid van den rechter allicht niet grooter is dan die van den wetgever; de regelen, door den wetgever gesteld, zullen niet altijd bevredigen, maar het is niet aan te nemen, dat de rechter betere regelen zou geven. Die macht om regelen te geven meen ik den rechter te moeten ontzeggen; ik heb hier alleen het oog op de vraag, of hem niet de macht moest worden toegekend, den regel ter zijde te stellen op grond dat deze in het gegevene geval ongepast en dus ook door den wetgever niet bedoeld was. Ook bij wijziging van de algemeene maatschappelijke toestanden zoude eene dergelijke regeling in aanmerking kunnen komen.

In menig geval heeft inderdaad de wetgever den rechter stilzwijgend of zelfs uitdrukkelijk de vrijheid gelaten om naar omstandigheden te handelen. Zooals de Romeinsche praetor

---

[1]) Hamaker bl. 101.

[2]) Hamaker bl. 103.

[3]) Dat Hamaker die algemeene verbetering, d. i. verandering, van de wet bedoelt, is duidelijk. Zie bv. op bl. 101: „In werkelijkheid legt men in de wet gedachten, die de wetgever nooit gehad heeft. Men spoort niet na wat hij dacht, toen hij de wet maakte, maar wat hij gedacht zou hebben, indien hij zijn onderwerp beter en vollediger ware meester geweest".

somwijlen eene actie gaf, si justa causa esse videbitur, en zooals bij de querela inofficiosi testamenti de centumviri in elk afzonderlijk geval beoordeelden, of tegen het officium was gezondigd, zoo laat ook onze wetgever het soms toe om naar bevind van zaken den eisch toe te wijzen. Op zulke gevallen past de uitdrukking van Mr. Levy bij het debat over de lijdelijkheid des rechters in de Juristenvereeniging van 1891, dat nl. de rechter niet alleen recht vindt, maar ook recht schept. De wetgever heeft dan van het stellen van regelen omtrent dit onderwerp, hetzij in het algemeen, hetzij ten aanzien van bepaalde punten, zich onthouden. Doch gewoonlijk is de positie van den rechter eene andere; wat hij als recht vindt, heeft hij bij zijn vonnis toe te passen, en zijne rol is daarbij te bescheiden dan dat wij van schepping zouden kunnen spreken. Hij mag zich vrij bewegen binnen de hem door den wetgever aangewezen grenzen, maar die grenzen overschrijden mag hij niet [1]), al gevoelt hij zich in zijne be-

[1]) In hoever de lijdelijkheid des rechters (tegenover de partijen, niet tegenover den wetgever), hoewel in beginsel vast te houden als een waarborg voor zijne onpartijdigheid, in ons positieve recht te ver gedreven wordt, is eene andere vraag. Den rechter te laten deelnemen aan de litis contestatie ware zeker bedenkelijk, maar de eenmaal door partijen aan hem gegeven opdracht behoeft niet zoo beperkt te worden opgevat, dat bv. geen middel om de zaak tot helderheid te brengen door hem zou kunnen worden aangewend, of geen uitspraak over bijkomende punten zoude kunnen worden gedaan, wanneer niet de partijen daaromtrent stellige verklaringen hadden gegeven. Doch dit alles staat met die redeneeringen over rechtsvinding alleen in verwijderd verband.

Nog een andere vraag is het, of niet in sommige gevallen den rechter (of wellicht aan een ander orgaan van het staatsgezag) de macht zou kunnen worden toegekend om recht te scheppen, zooals dit door de billijkheid of door overwegingen van zuiver practischen aard wordt aangegeven. Op bl. 36 noot a. h. e. zagen wij dat Laurent n. 415 den rechter de taak oplegt om, bij conflict van rechten, deze te concilieeren; hij vat daarbij overigens het begrip van rechten ruimer op dan wij geoorloofd rekenen. Wanneer wij nu denken aan het conflict van belangen, dat zich bv. bij het burenrecht kan voordoen, dan zoude het overweging kunnen verdienen den rechter de vrijheid te laten naar omstandigheden te beslissen, wat zwaarder heeft te wegen,

wegingen onaangenaam belemmerd en al beroept hij zich op zijne taak als orgaan van het staatsgezag, in het belang van de staatsgemeenschap aangewezen, opdat goed recht zal worden gesproken. Ontegenzeggelijk ligt hierin een bezwaar, en de wetgever heeft zich dus wel ernstig af te vragen, of zijne bepalingen deugdelijk zijn, en daarbij ook of hij niet te veel regelt, te weinig aan den rechter overlaat. Ik ben niet overtuigd, dat al de door onzen wetgever gemaakte voorschriften te prijzen zijn, en bepaaldelijk dat hij steeds de ware maat heeft gehouden. Wanneer in onze tijden bij allerlei instellingen — die, als alle menschelijke zaken, onvolmaakt zijn — zoo licht soms moedeloos, soms spottend de vraag wordt gesteld, of zulk eene instelling niet volslagen mislukt is — a failure, zooals het bij voorkeur heet, zoodat de vraag een zeker tintje van spleen verkrijgt —, dan zou het zeker niet vreemd zijn, als ook omtrent wetgeving zulk een twijfel werd uitgesproken, als ook beweerd werd dat Law a failure is. Maar toch meen ik te mogen volhouden, dat het alles bijeengenomen wenschelijk is, niet alleen dat de rechter blijft binnen de hem door den wetgever gestelde grenzen, maar ook dat de wetgever dergelijke grenzen stelt. Bepaaldelijk ook voor de verbintenis uit onrechtmatige daad zoude ik zoo mogelijk wettelijke regelen willen zien vastgesteld.

Dat eene rechtspraak naar de wet uitspraken ten gevolgen kan hebben, die niet aan de ware gerechtigheid voldoen, is niet te ontkennen; dat intusschen de klachten te dien opzichte soms haar grond hebben in eenzijdigheid of oppervlakkigheid

---

het voordeel voor den eigenaar om vrij zijn goed te gebruiken, of de schade en het ongerief, die daarmede aan anderen worden berokkend. In zekeren zin zoude daarmede het Malitiis non est indulgendum (bl. 12) gehuldigd worden. Maar daarbij zoude men ook afwijken van het gewone beginsel van rechtspraak, waarbij de rechter heeft te onderzoeken, of het door den eischer ingeroepen recht bestaat, en welke veroordeeling daarop voor den gedaagde mag volgen. Verg. Mr. van Ittersum in Themis 1895 bl. 192 n. 1, die art. 1401 schijnt daarbij te willen toepassen in verband met de leer, dat ook moreele schade in geld wordt vergoed.

van oordeel, mag wel even worden aangestipt. Maar de rechtszekerheid vordert, dat ieder weet wat van hem verlangd wordt en wat aan hem wordt toegezegd, dat het rechterlijk vonnis zoo zal vallen als vooraf kan worden voorzien. Ook eene minder goede wet heeft het voordeel, dat men er zijne gedragingen naar regelen kan, terwijl eene uitspraak des rechters volgens eigen inzicht omtrent hetgeen, hetzij in het algemeen hetzij voor dit bijzondere geval, rechtvaardig is, niet anders dan onberekenbaar kan zijn. Immers dat die uitspraak werkelijk rechtvaardig zal zijn, staat allerminst vast, en zeer zeker kunnen de opvattingen des rechters omtrent de rechtvaardigheid belangrijk verschillen van die der partijen. Dit geldt ook voor die gevallen, waar het gevaar ligt in de algemeenheid van den gestelden regel. Dat het gevaar nog grooter wordt, wanneer men het den rechter vrij laat den lastigen breidel der wet van zich af te schudden, omdat hij met den regel zelf geen vrede kan hebben (zie hierboven bl. 47), spreekt wel van zelf; hoe ruimer de macht des rechters wordt gesteld, des te minder berekenbaar zijn zijne beslissingen. Wat in elk geval rechtvaardig is, blijkt niet altijd eene eenvoudige quaestie te zijn. Zelfs staat het te vreezen, dat juist de minder bekwame rechter het meeste zelfvertrouwen zou vertoonen; wanneer de wet alleen de beteekenis had van het „officieele leerboek", dan zoude misschien de onderwijzer, die met moeite zijn akte had behaald, in zijn school den hoogsten toon meenen te mogen aanslaan [1]).

Er is hierbij ook nog een feit, dat ons tot nadenken mag stemmen. Wanneer wij in de geschiedenis van het recht in

---

[1]) Hamaker bl. 103 meent echter „het zijn alleen bekwame rechters, die door de wet heen de maatschappij zelve weten te zien".

Wanneer Hamaker verder zegt: „en dat, wat zulk een rechter stelt in de plaats van de gebrekkige wet, is niet een hersenschimmig meenen, maar eene betere wetenschap", dan merk ik daarbij op, dat ik ook aan andere rechters meen te moeten denken, en dat bovendien, ook waar het bekwame rechters zijn, die dan „betere wetenschap" geven, hun uitspraken voor de partijen allicht verrassingen zullen zijn.

vroeger en later tijden rondzien, dan treft het ons, dat de wetgeving steeds veld wint, en dat zelfs waar oorspronkelijk allerlei aan 's rechters oordeel was overgelaten, de wetgever telkens regelen heeft gegeven, waardoor de rechter gebonden wordt. Ik wil mij bepalen tot een paar voorbeelden. Bij de querela inofficiosi somde de keizer de bepaalde gevallen op, waarin de nietigheid der onterving zoude mogen worden uitgesproken; hoe schuldig de legitimaris mocht zijn tegen den erflater, als zijn vergrijp niet in de wettelijke lijst was opgenomen, stond de rechter machteloos. Men kan hier denken aan den wetgevingsijver van den zelfbewusten Justinianus, maar hetzelfde zien wij bij den praetor; de gronden voor in integrum restitutio werden voor een groot deel nader aangewezen [1]), en bij de actio Pauliana, waar oorspronkelijk het edict verklaarde: interdum causa cognita etsi scientia non sit, in factum actionem permittam, heet het in een rescript van de derde eeuw „non ignoti juris", dat die scientia bepaaldelijk onverschillig is bij hem, qui ex causa lucrativa possidet. Zoude het niet de ervaring zijn, die er toe leidde den rechter aan bepaalde regelen te binden?

Ik wil het herhalen, een rechtspraak naar scherp belijnde regelen acht ik niet het ideaal; verkieslijk ware het, dat den rechter de vrijheid konde worden toegekend naar omstandigheden te beslissen. Veel pleit er voor zelfs de wettelijke regelen, voorzoover zij bestaan, buiten werking te doen stellen zoodra zij blijken op het bijzondere geval niet te passen en in de eerste plaats is het gewenscht dat geen regel den rechter zal binden, wanneer men zich niet van zijne deugdelijkheid in het algemeen overtuigd mag houden. Werd al aan rechtszekerheid verloren, van hooger waarde is toch de gerechtigheid. Maar behalve die rechtszekerheid is er nog een ander, een meer afdoend bezwaar. Hetzij men in het eene of in het andere opzicht den rechter vrijheid wil laten, ik vrees dat de opgedragen taak hem te zwaar zou zijn. Dat ik hier niet bepaald het oog heb op onzen rechter, behoef ik wel niet te

[1]) Cf. l. 1 § 1 D. 4.6. Savigny, System § 317, VII bl. 107.

zeggen [1]); maar wie zouden de uitgelezenen moeten zijn, aan wie men die taak zou kunnen toevertrouwen? De rechtvaardigheid is eene dier hoedanigheden, welke alleen eene godheid in hare volmaaktheid kan bezitten; aan enkele hoogbegunstigden is die hemelsche gave geschonken, maar niet aan zoovelen, dat wij daarmede al onze plaatsen in de rechterlijke macht zouden kunnen vervullen. Ook de vrome en ijverige dienst aan de altaren van Themis verzekert ons niet, dat een deel van het heilige vuur op ons zal overgaan. Alleen onder enkele bijzonder gelukkige omstandigheden kan het ideaal van vrijheid voor den rechter bereikbaar zijn. Den censor [2]) konde misschien de zorg worden opgedragen, dat geen repudium zonder billijke gronden werd uitgebracht; maar zou men bv. den rechter de vrijheid willen geven om te beslissen over de billijkheid van een verlangen naar echtscheiding of scheiding van tafel en bed? In onze samengestelde maatschappij wordt eene wijsheid vereischt, die werkelijk deze maatschappij in al hare onderdeelen overziet; doch eene dergelijke wijsheid is moeilijker, ik wil niet zeggen te bereiken, maar althans na te streven door een enkel persoon, dan door eene wetgeving, waaraan de beste krachten samenwerken van vele opvolgende geslachten. Natuurlijk wordt hierbij ondersteld, dat die wetgeving behoorlijk georganiseerd is [3]); eveneens neem ik aan, dat als rechters de meest geschikte personen worden gekozen.

---

[1]) Zie ook hierboven bl. 59, bij gelegenheid van de vraag, of den rechter de macht van rechtsvorming zou kunnen worden opgedragen. Ik merkte daar reeds op, welke nauwe samenhang er bestaat tusschen vrije rechtsbedeeling en rechtsvorming door den rechter.

[2]) Deze vergelijking van den vrijeren rechter met den censor is niet zoo ver gezocht als het wel kan schijnen. „Ganz richtig erklärt Varro de lingua latina V, 81, census durch arbitrium" (Mommsen, Röm. Staatsrecht II 1 bl. 320); censor (sic dictus) ad cuius censionem, i. e. arbitrium, censeretur populus. Het bedrag van belasting is afhankelijk van het arbitrium, dat van gewone schuld van recht en wet; en datzelfde geldt van het geheele censorenrecht, bijzonder sterk ook van het recht der Sittenprüfung (Mommsen bl. 363); dat daaronder ook allerlei infameerende privaatrechtelijke handelingen vielen, is bekend.

[3]) Zie hierboven bl. 58.

Binnen de grenzen, door den wetgever aan den rechter gesteld, kan deze zich vrij bewegen, en hij is zelfs verplicht van die vrijheid het volle gebruik te maken [1]). Maar waar het mogelijk is, zoude ik die vrijheid door den wetgever omschreven willen zien. In hoever die mogelijkheid bestaat, is zeker een vraag, die de wetgever zich bij elk punt wel ernstig heeft te stellen; ook hier kan overdreven ijver schade doen. Wat intusschen op andere punten van het rechtsgebied geraden moge zijn, ten aanzien der verbintenis tot schadevergoeding uit onrechtvaardige daad acht ik nadere wettelijke regeling gewenscht; de voorgestelde bepaling: aansprakelijkheid van hem, die anders handelt dan in het maatschappelijk verkeer den eenen mensch tegenover den ander betaamt, dunkt mij te onbepaald. De rechter zou moeten uitspraak doen naar hetgeen wij dan de sociale moraal kunnen noemen, maar heeft deze voldoende vastheid? Het is waar, bij overeenkomsten kent art. 1375 ook bindende kracht toe aan de billijkheid, en waarom zoude de rechter die billijkheid niet eveneens kunnen betrachten, als het de verplichting geldt om de schade te vergoeden, door onrechtmatige daad aan een ander toegebracht? Maar in het geval van art. 1375 staat het vast, dat er eene verbintenis bestaat, en alleen over haar omvang is er onzekerheid; tot het al of niet bestaan der verbintenis zal de rechter niet op enkele gronden van billijkheid kunnen besluiten. Het denkbeeld is geopperd [2]), den rechter de al-

[1]) Zie hierboven bl. 49 v.

[2]) Drucker in zijne oratie van 1879. Veel verder wil Molengraaff gaan in Rgel. Mag. 1895 bl. 383 v., wanneer hij bv. art. 182 van het Zwitsersche Oblig. recht prijst, dat den rechter de bevoegdheid toekent het bedrag van een strafbeding te verminderen op grond van bovenmatigheid. Hij zou ook Pothier kunnen inroepen, Obl. n. 346, die daarbij weder verwijst op Dumoulin; Pothier stelt op den voorgrond, dat het strafbeding de plaats inneemt van schadevergoeding, en het is bekend dat hij bij de schatting daarvan uwe certaine modération verdedigt.

Gesteld echter dat ik met hem zou kunnen medegaan ter zake dier moderatie bij de vergoeding, dan is het met het strafbeding toch een ander geval. Het heeft veelal de strekking om de scherpe nakoming der overeenkomst te verzekeren; wanneer nu iemand die verbintenis

gemeene bevoegdheid toe te kennen tot vernietiging van elk contract, waarbij naar 's rechters vrije overweging van alle bijzondere omstandigheden de eene partij van de zwakte der andere heeft misbruik gemaakt. Dat denkbeeld heeft ook voor mij veel aanlokkelijks; maar ik zou vreezen dat van eene dergelijke bevoegdheid, indien zij niet eenigszins nader werd bepaald, door sommige rechters een te ruim gebruik zou worden gemaakt, en zeker dat de toepassing door verschillende rechters zeer verschillend zoude zijn. De contractsvrijheid verlang ik niet als een onaantastbaar beginsel te handhaven; de wetgever behoort van dat beginsel af te wijken, zoodra de gerechtigheid dit blijkt te vorderen, o. a. wanneer niet beide partijen werkelijk vrij zijn. Maar de wetgever heeft die taak; den rechter zoude ik schroomen haar op te dragen. Bij de uitvoering van het contract mag hij vorderen, dat de billijkheid zal worden betracht; nl. voorzoover partijen een of meer punten niet stellig hebben beslist, moet hij beoordeelen wat zij geacht kunnen worden als eerlijke mannen op zich te hebben genomen, uti inter bonos bene agier oportet. Maar het eenmaal gesloten contract moet — behoudens de bedoelde uitzonderingen, door den wetgever te maken — worden uitgevoerd; dit is een eisch van de gerechtigheid zelve, dien ieder weldenkende zal erkennen, ook wanneer hij zich blijkt te hebben misrekend. De crediteur kan de edelmoedigheid hebben van zijn recht geen gebruik te maken, bv. de bedongen interessen te verminderen bij verlaging van den koers der renten of bij verbeterde vermogensomstandigheden van den debiteur; maar de debiteur kan dit alleen aanvaarden als een geschenk, niet als een aanspraak. Gesteld al echter dat wij 's rechters macht zoover wilden uitbreiden dat hij, als misbruik van de omstandigheden bleek te zijn gemaakt, de verbintenis uit overeenkomst mocht ter zijde stellen, dan zoude ik toch nog grooter bezwaar hebben tegen eene bevoegdheid des rechters

heeft op zich genomen, terwijl wellicht anderen met het oog op de boete zich van mededinging onthielden, zou de goedmoedigheid van den rechter tot grove onbillijkheid kunnen leiden. Wij meenen ons dus te mogen verheugen, dat Pothier's voorbeeld hier niet is gevolgd.

om in het algemeen actiën te weigeren en zelfs toe te kennen, waar dit hem voorkomt een eisch te zijn van hoogere gerechtigheid, en bepaaldelijk om eene verbintenis tot schadevergoeding aan te nemen, zoo dikwijls hij dat billijk en rechtmatig zou oordeelen.

De rechter zoude over het bestaan eener verbintenis uit onrechtmatige daad hebben te beslissen naar den maatstaf der sociale moraal. Dat hij zich niet eenvoudig zou kunnen neerleggen bij de in het maatschappelijke leven gebruikelijke wijzen van handelen [1]), dunkt mij duidelijk te zijn. Willen wij ons aansluiten aan de maatschappelijke gebruiken, dan moeten wij vragen naar de algemeen gebruikelijke opvattingen omtrent billijkheid en rechtvaardigheid, en daarmede komen niet altijd de gebruikelijke wijzen van handelen overeen [2]). Die algemeen geldende opvattingen zouden het richtsnoer zijn; zij worden reeds uit den aard der zaak door den rechter in den regel gedeeld. Doch de kennis dier algemeen geldende opvattingen is moeilijk te verkrijgen. Haar ontstaan is soms raadselachtig en haar eigenlijke zin niet altijd duidelijk genoeg om er een oordeel op te bouwen; wij denken aan de troep hollende paarden, waarvan Zola spreekt in de Débâcle; hun ruiters vielen in het gevecht en zonder leiding rennen zij over het slagveld heen en weder, aangesloten tot één geheel, machtig maar geheimzinnig. Zooals de Tribun Tarrible het uitdrukte [3]), er zijn gevallen waarin „un cri soudain de la justice s'élève"; maar dikwijls zouden wij het probleem toch nog eenigszins nader willen zien uitgewerkt, en over de détails geeft ons „le cri soudain" weinig licht. Daarbij komt de moeilijkheid dat, althans zoodra het die détails geldt, veelal de eenstemmigheid ontbreekt [4]). Niet alleen dat er allerlei verschillende

[1]) Hamaker bl. 99.

[2]) Zie hierboven bl. 52 n. 2 a. h. e.

[3]) Zie hierboven bl. 27.

[4]) Bij het lichtvaardig afgegeven attest (zie hierboven op bl. 6) ziet Belinfante niets onzedelijks in het verzwijgen van wat men ten nadeele van anderen weet. Ook Merkel, Encyclopaedie § 667 meent, er is geen rechtskrenking, wanneer iemand fahrlässig, culpâ, een

(sociale) moraal schijnt te bestaan, naarmate men tegenover verschillende personen staat, dat men bv. in den handel, in

---

verkeerden raad geeft. „Der Fragende möchte prüfen, welcher Werth dem Rathe beizumessen sei." Anders bij opzet, en eveneens wanneer van een deskundige raad gevraagd is, omdat men dan is „in einiger geistigen Abhängigkeit". Laurent daarentegen (n. 478 v.) wil de daardoor toegebrachte schade doen vergoeden; opmerkelijk is 't intusschen wat hij daaraan toevoegt: la jurisprudence est parfois trop indulgente, sans doute parce que les juges se sentent eux-mêmes coupables de la faute qu'ils sont appelés à condamner; en daarop volgt de verzuchting: Notre niveau moral est encore bien bas! Maar gaat het dan aan, eischen te stellen, die alleen bij een hooger niveau zouden passen?

Laurent (n. 389 is fine) acht het wel une indélicatesse à ne pas déclarer la qualité d'enfant adultérin (aan haar echtgenoot bij gelegenheid van het huwelijk), maar il n'y a pas obligation légale de le faire; ce qui décide la question. Hier zouden wij een strengere uitspraak van Laurent hebben verwacht. In een dergelijk geval, toen de vader de overspeligheid van zijn zoon verzwegen had bij diens huwelijk en de vrouw na 's mans overlijden schadevergoeding verlangde op grond van art. 1401, besliste ook het hof van Noord-Holland 24 Sept. 1868 W. 3075 (conform aan de rechtbank W. 2854), dat de vader tot die kennisgeving niet verplicht was; maar daarbij werd aan de nieuwe leer over art. 1401 nog niet gedacht.

Ik wensch ook nog te wijzen op eene opmerking van Alexander-Katz, die unredliche Konkurrenz bl. 50, ter zake juist van het onderwerp, dat voornamelijk aanleiding gaf om die ruime leer omtrent art. 1401 te verkondigen. Hij erkent, dat met art. 705 van het eerste Duitsche ontwerp (overeenstemmend met de ruime opvatting van art. 1382 C. c. en 1401 B. W. Zie hierboven bl. 14 n. 1) ten aanzien van de deloyale concurrentie weinig zou zijn gewonnen; immers wat hier met de goede zeden strijdt, wat b.v. de grenzen van de geoorloofde reclame overschrijdt, kan alleen door eene gevestigde publieke opinie worden uitgemaakt, en tot zijn leedwezen blijken ook bij overigens zeer geëerde mannen van zaken de opvattingen daaromtrent hoogst verward.

De voorbeelden liggen overigens voor het grijpen. Zoo zijn er, die de Bank in gemoede verplicht rekenen valsche bankbiljetten, een gemeente om valsche obligatiën ten haren laste, een koopman om een wissel, met zijn valsche handteekening geaccepteerd, te honoreeren. Eveneens met een beroep op verjaring, minderjarigheid en zoovele andere rechtsmiddelen; men keurt het af bij een ander, maar als men zelf voor het

de politiek, tegenover den fiscus bijzondere opvattingen verkondigt en in praktijk brengt, maar ook heeft in den regel ieder een strengere moraal voor zijn buurman dan voor zich zelven; en niet iederen rechter zal het gegeven zijn den juisten middenterm te vinden, dien hij zal mogen toepassen. Men heeft gemeend op een analoog geval te mogen wijzen, nl. dat een rechter heeft te beoordeelen, hoe een goed huisvader in gegeven omstandigheden pleegt te handelen in zijn eigen zaken en dientengevolge ook behoort te handelen in eens anders zaken, met wien hij verbonden is. Maar het probleem, wat men in zijn doen en laten verschuldigd is aan al zijne medeburgers in het algemeen, is ontegenzeggelijk veel ingewikkelder dan de vraag, wat een verstandig man gewoonlijk in zijn eigen zaken zal doen. De rechter zal hooge wijsheid noodig hebben om niet mis te tasten bij de ontwarring van dat probleem, en niet het minste van de gevaren, die hem bedreigen, bestaat daarin dat hij door zijne sympathieën, of ook wel door zijne antipathieën, op een dwaalspoor zal worden gebracht.

Ik wil hier nog eens terugkomen op de leer, die in het algemeen den rechter de vrijheid wil toekennen om naar recht en billijkheid te beslissen, ook waar deze geen steun vinden in de wet. Ook daar meen ik, dat hetzelfde bezwaar zich voordoet [1]). Onnoodig zal het zeker zijn te verklaren, dat

geval staat, ziet men er minder bezwaar in. Veelal zelfs beslist het cijfer over de scrupules; bij eene gering bedrag veroorlooft men zich de weelde correct te handelen, maar als het grootere sommen geldt, wordt het te duur. Voor den rechter is die onzekerheid toch zeer lastig.

[1]) Verg. Windscheid § 28. De leer van Schlossmann, der Vertrag, bl. 169 v., die het taak des rechters noemt „das *gerechte* Recht zur Geltung zu bringen", ook waar dit in strijd is met het positieve recht, acht hij gevaarlijk, omdat daarbij de subjectieve meening des rechters heeft te beslissen. Hij merkt nog op, dat dikwijls bij nadere beschouwing het positieve recht blijkt niet zoo ver van de billijkheid verwijderd te zijn als men meende. Ook Unger, Handeln auf eigene Gefahr bl. 98 — bij de vraag over schadeloosstelling voor onschuldig veroordeelden — acht het een uitgemaakte zaak (zie ook de daar n. 2 geciteerden) „dasz nur positives Recht wirkliches Recht ist".

ik de gerechtigheid hooger stel dan het positieve recht; het jus constituendum, het recht zooals het behoort te zijn, is uit den aard der zaak te verkiezen boven het jus constitutum, het recht zooals het is, misschien goed, misschien ook niet goed. Maar dat die gerechtigheid niet altijd zoo duidelijk is als men het zich schijnt voor te stellen, dat de rechter bepaaldelijk groot gevaar loopt eenzijdige uitspraken te doen, blijkt uit de beschouwing van de gevallen, waarin de schrijvers, die het beginsel van vrijheid voor den rechter prediken, dat beginsel in praktijk wenschen te brengen. Een strenge toepassing van artt. 205 en 220 B. W., d. i. nauwkeurige vermelding van de ten huwelijk aangebrachte roerende goederen, erkent men [1]), wordt wel door de wet gevorderd, maar men juicht het toe, wanneer de rechter hier het officieele recht verlaat, omdat dit blijkt te zijn „in strijd met de eischen van de praktijk"; voor de aanstaande echtgenooten toch zou het maken der beschrijving „altijd moeilijk en veelal onmogelijk zijn" en bovendien „iets stuitends" hebben. Maar de door de wet voorgeschreven maatregel heeft ook zijne goede zijde, in het belang bv. van de schuldeischers; bij faillissement van den man verlangen zij overtuigende bewijzen, dat de vrouw eigenares is van de goederen in quaestie en niet eenvoudig creditrice voor dat bedrag. Eveneens met het geval van art. 1917, dat aanleiding gaf tot den hierboven [2]) vermelden strijd tusschen Mrs. de Pinto en Treub. De rechtbank te Haarlem bij vonnis van 5 Dec. 1893, W. 6430, besliste [3]) dat een derde, eigenaar bewerende te zijn van in beslag genomen goederen (art. 456 Rv.) en daartoe eene onderhandsche akte van koop en bruikleen overleggende, die echter eerst na het beslag is geregistreerd, een begin van bewijs levert en dit mag aanvullen door den eed, dat de koop reeds vóór het beslag had plaats gehad. Mr. Treub merkte op, „dat eene strenge toepassing van art. 1917 B. W. in vele

[1]) W. N. en R. 1023; verg. hierboven bl. 50 n. 1.

[2]) Zie bl. 50.

[3]) Het hof te Amsterdam vernietigde het vonnis op 4 Jan. 1895. P. v. J. n. 103.

gevallen niet minder bedenkelijk zal zijn dan de zachtere leer welke de Haarlemsche rechtbank wil doen ingang vinden"; maar het is toch niet tegen te spreken, dat die zwakkere leer gelegenheid kan geven tot bedriegerij van allerlei aard. Wordt nu den rechter de vrijheid gelaten naar bevind van zaken te beslissen, dan staat het te vreezen dat hij bij het overwegen van „de eischen der praktijk" te veel aan het belang van ééne der bij de zaak betrokkene partijen zal denken [1]). Iets dergelijks ten aanzien van de bepaling van art. 1371; naar aanleiding van een vonnis van de rechtbank van Alkmaar, 7 Juli 1894 W. 6529, werd door Mr. Levy in W. 6557 [2]) niet alleen over dat vonnis, maar ook over art. 1371 eene scherpe critiek uitgeoefend [3]); van het standpunt des crediteurs is zeker op de rechtvaardigheid dier bepaling veel af te dingen, maar ook aan dat van den debiteur mag wel eenige aandacht worden gewijd. Geenszins alsof ik daarom omgekeerd die belangen van den schuldenaar zou willen op den voorgrond stellen; ook die eenzijdigheid ware zeker af te keuren.

Ga ik dit alles na, dan vrees ik dat ook het stelsel van vrijheid des rechters in de toepassing zou blijken te zijn „a failure", niet minder althans dan het stelsel van gehoudenheid aan de wet. En eveneens stel ik mij voor, dat in de praktijk

---

[1]) Eene andere vraag zoude het natuurlijk zijn, of misschien niet art. 1917 juist was geïnterpreteerd. Dat Mr. v. Ittersum (bl. 178 v. n. 1) het Haarlemsche vonnis in dat opzicht in bescherming meent te mogen nemen (zie intusschen Mr. de Pinto in W. 6665 en daartegen Mr. Ittersum in W. 6682), is geen grond om te twijfelen aan de vastheid zijner overtuiging, dat de rechter de grenzen der wet niet mag overschrijden. Zie echter de rede van Prof. Houwing bl. 15 v.

[2]) Zie verder Mr. de Pinto in W. 6560 en een ingezonden stuk van Mr. F. H. G. v. d. Hoeven in W. 6562.

[3]) Ook hier weder is het niet de vraag, of art. 1371 juist geïnterpreteerd werd, maar of men de bepaling wil erkennen en opvolgen. Dat Mr. Levy zelf reeds in zijn Rekening-Courant aan art. 1371 weinig beteekenis hecht, is bekend; bij zijn afkeuring der bepaling onderstelt hij echter, dat de „geoorloofde oorzaak" een werkelijk vereischte is van de overeenkomst.

de ruimere opvatting van artt. 1401 v. teleurstelling zou geven. Den wetgever verwijt men — en niet ten onrechte — zijn traagheid en onverschilligheid; in menig geval zwijgt de wet, hoewel de gerechtigheid duidelijk spreekt. Maar ligt er niet eenige overmoed in de ijverige voortvarendheid, waarmede men de taak des wetgevers wil overnemen, en is het te verwachten dat, waar de rechter naar gerechtigheid wil oordeelen, das gerechte Recht zur Geltung bringen [1]), zijne uitspraak aan de gerechtigheid zal beantwoorden? Bepaaldelijk ook bij de zoogen. sociale wetgeving is het wenschelijk den tragen gang der rechtsvorming te versnellen en de onvoldoende rechtsbedeeling in menig geval te verbeteren; maar ik kan niet anders aannemen dan dat vrijheid in de rechtspraak daarbij evenveel onheil als nut zou kunnen stichten. Zelfs zou juist daar het gevaar het grootste zijn, omdat daarbij hoogstens in de hoofdtrekken zich eene rechtsovertuiging heeft gevestigd. Noodzakelijk is het echter elk vraagstuk ook in zijne onderdeelen te onderzoeken, voordat men daaromtrent juiste beslissingen kan geven.

---

[1]) Schlossmann; zie hierboven bl. 84 n. 1.

Terwijl volgens de leer van Naber de rechter in het algemeen volkomen vrij staat tegenover de wet, wordt naar de opvatting van Molengraaff en van de nieuwere Fransche rechtsgeleerden bij artt. 1401 B. W. en 1382 C. c. eene subsidiaire actie toegekend tot vergoeding van schade, indien deze is toegebracht door ongeoorloofde handelingen. Het komt mij voor, dat de voorgestelde regel te algemeen van strekking is; van den anderen kant acht ik hem onvoldoende om de noodige verbetering te geven. Ik wensch nu eenige gevallen te noemen, waarbij die regel ter sprake wordt gebracht; de ware beteekenis van het vraagstuk, de praktische waarde van de bedoelde leer, zal daardoor beter in het licht treden dan door de meer abstracte beschouwingen. Wanneer ik daarbij veelal op voorbeelden uit de Fransche praktijk zal wijzen, dan is dit omdat, zooals wij zagen, ook daar aan art. 1382 een ruime strekking wordt gegeven.

In de eerste plaats noem ik het geval van Oneerlijke Concurrentie [1]). Niet alleen mag het hier te lande een voorbeeld bij uitnemendheid heeten ten gevolge van de doorwrochte studie van Molengraaff over dit onderwerp in het Rechtsgeleerd

[1]) Concurrence déloyale, concorrenza sleale, unlauterer Wettbewerb of unredliche Konkurrenz, unfair of not honorable competition. Men twijfelt, of deze termen niet verder reiken dan eigenlijke oneerlijkheid; trouwens in de praktijk wil men ook veelal zeer ver gaan.

Magazijn van 1887 [1]), maar evenzeer wordt in Frankrijk door eene uitgebreide literatuur en jurisprudentie de Concurrence déloyale onder den regel van art. 1382 C. c. gebracht, en ook onder andere wetgevingen wordt de leer verdedigd, dat hier schadevergoeding wegens ongeoorloofde handeling kan worden toegekend. In Duitschland is intusschen, zooals bekend is, dit punt onlangs bij eene afzonderlijke wet geregeld [2]).

De oneerlijke concurrentie wordt beschouwd als eene ongeoorloofde handeling tegenover concurrenten. Oneerlijkheid tegenover de personen, met wie men handelt, kan in de termen vallen van bedrog en op dien grond eene actie voor die personen opleveren; de concurrenten kunnen klagen over de bena-

---

[1]) De „oneerlijke concurrentie" voor het forum van den Nederlandschen rechter, tevens eene bijdrage tot de uitlegging van art. 1401 B. W. en van de Wet op de handels- en fabrieksmerken.

[2]) De regeering nam de zaak ter hand naar aanleiding van opmerkingen bij de behandeling der wet zum Schutze der Waarenbezeichnungen van 12 Mei 1894, en van eene algemeene agitatie in de handelskringen, die vooral in Sept. 1894 zich krachtig uitte in een bijeenkomst te Brunswijk van afgevaardigden van Kamers van Koophandel en andere belangstellenden. Men verlangde algemeen maatregelen, niet alleen tegen unlauteren, maar ook tegen unbequemen Wettbewerb. Door de krachtiger productie-middelen en door de vergemakkelijking van het verkeer vermeerdert het aanbod, en bij het verhoogde streven om het geproduceerde aan den man te brengen wordt allicht de zwakkere het slachtoffer. De regeling bleek evenwel groote moeilijkheden op te leveren; zelfs werd door sommigen de mogelijkheid betwijfeld, dat wettelijke maatregelen de kwaal voldoende zouden kunnen bestrijden. Een Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs werd ingediend (Reichsanzeiger van 7 Jan. 1895), maar reeds in Mei werd een nieuw ontwerp bij den Bundesrath in overweging genomen. Op den 23en Deutschen Juristentag was intusschen het onderwerp eveneens behandeld, en daarop werd in December (Reichsanzeiger van 7 Dec.) het nieuwe ontwerp bij den rijksdag ingediend. Reeds op 13 Dec. werd het in behandeling genomen, en hoewel nieuwe bezwaren zich weder op deden — o. a. omtrent het schenden van het beroepsgeheim door onderhooringen, in Mei 1896 kwam toch de wet tot stand. Bepaaldelijk de eigenlijke oneerlijkheid in de concurrentie wordt getroffen; de zoogen. unbequeme Wettbewerb blijft in het algemeen vrij.

deeling hunner clienteele. De Fransche juristen zien in de clienteele een eigendom, dat begrip nemende in een ruimen, maar oneigenlijken zin (zie hierboven bl. 35 noot)[1]); schennis van dien eigendom is dus onrechtmatig. Ook op een andere wijze meenen zij de onrechtmatigheid te kunnen betoogen: vrije concurrentie is een recht, maar het misbruiken daarvan wordt een onrecht (zie hierboven bl. 12)[2]). Het komt mij voor, dat die redeneeringen niet afdoende en tevens overbodig zijn; den concurrent wordt schade toegebracht in winstderving, en als die schade op ongeoorloofde wijze is veroorzaakt, is het duidelijk dat zij behoort te worden vergoed[3]).

Reeds in den tijd van Saint Louis was er straf gesteld op het wegroepen van klanten, die met een concurrent in onderhandeling waren[4]). Ieder, die tot een gilde behoorde, had evenveel recht om zijn bedrijf uit te oefenen, maar de gildebroeders moesten er onderling in berusten, als eenmaal iemand uit het publiek zich tot een hunner *had gewend*. Dat denkbeeld werd meer en meer uitgewerkt, en als ongeoorloofd werd ook beschouwd elke handeling, strekkende om het publiek tot zich te trekken en dus van de anderen af te leiden; men moest het lijdelijk afwachten, tot wien der gildebroeders zich het publiek *zou willen wenden;* althans geen oneerlijke middelen mochten worden

---

[1]) Zie b.v. René Barbier, de la concurrence déloyale, Paris 1895, bl. 49. Voorzichtiger drukt zich Reuling uit omtrent de „livelihood" (zie hieronder bl. 94 n. 2); zij betreft wel het vermogen, maar is toch geen afzonderlijk subjectief vermogensrecht. Dat de clienteele in het algemeen het gevolg is van opofferingen en van eigen verdienste, kan moeilijk worden volgehouden. Dat zij bovendien een zekere vastheid moet hebben verkregen om in rekening te kunnen worden gebracht, hebben wij reeds bij bl. 35 opgemerkt.

[2]) Laurent n. 494; doch hij spreekt ook weder van de krenking van het recht des concurrents.

[3]) Verg. Dr. Richard Alexander-Katz, Gutachten bl. 139 v. Hij prijst den practischen zin van de Engelsch-Amerikaansche, Italiaansche en Zwitsersche jurisprudentie, die zich niet verdiepen in theoretische bespiegelingen over den grondslag der wetsbepalingen tegen de deloyale concurrentie.

[4]) Barbier bl. 14 v.

aangewend om het te lokken. In de tijden van ons meer ontwikkeld verkeer worden de wijzen, waarop dat doel kan worden bereikt, steeds menigvuldiger, en nu men er meer en meer op bedacht wordt de kwaal te bestrijden, tracht men die gevallen onder bepaalde groepen te brengen [1]); het algemeene karakter van al die gevallen is intusschen, dat men door ongeoorloofde middelen het publiek tracht tot zich te trekken ten nadeele van vakgenooten. De deloyale concurrentie kan tegen bepaalde personen gericht zijn, wanneer men hunne clienteele tot zich wil trekken bv. door verwarring te doen ontstaan met gelijksoortige namen, verpakking of dergelijke middelen, waardoor het publiek meent van A te koopen, terwijl werkelijk B de verkooper is. Een voldoende regeling van de handels- en fabrieksmerken [2]) en van het gebruik van handelsnamen kan hier van veel nut zijn, maar het ligt voor de hand dat vooral het groote publiek, dat niet tot den handel behoort, toch op allerlei wijze in dwaling kan worden gebracht [3]).

---

[1]) Het is van weinig belang de verschilpunten op te geven tusschen de voorstellingen der verschillende schrijvers, te meer daar allen erkennen niet meer dan eene schets te kunnen leveren.

[2]) Het leerstuk van de deloyale concurrentie wordt ook veelal met dat van de handels- en fabrieksmerken in verband gebracht; zie b.v. het bekende boek van Pouillet, traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale. Zie ook den titel van de verhandeling van Molengraaff, hierboven bl. 89 n. 1.

[3]) Dat hier de verschillende omstandigheden van elk geval in rekening moeten worden gehouden, is duidelijk; maar evenzeer dat de beslissing niet altijd gemakkelijk is. Een paar recente voorbeelden van onze jurisprudentie kunnen echter eenig licht geven. De rechtbank van Amsterdam, 2 Jan. 1894 W. 6490, achtte het niet ongeoorloofd een winkel te noemen met een naam, door een anderen winkel sinds jaren gevoerd. Maar wel paste die rechtbank op 15 Juni 1895, W. 6723, art. 1401 toe, toen naast het kleedermagazijn van Hollenkamp Vijzelstraat 81, een concurrent een kleedermagazijn vestigde Vijzelstraat 79, en daarbij op in 't oog vallende wijze aankondigde, dat in perceel 79, „het kleine pand van Hollenkamp", de prijzen aanmerkelijk verlaagd waren, maar niet in perceel 81. Het publiek begreep misschien niet alles van die annonces, maar toch genoeg om liever naar pand 79 te gaan; dat men op die wijze werkelijk op een dwaalspoor werd gebracht,

Deloyale concurrentie tegen bepaalde personen is ook in dien vorm mogelijk, dat men direct niets meer beoogt dan het publiek van een concurrent af te leiden door hem of zijne waren in een ongunstig daglicht te stellen (dénigrement en dépréciation), of door te verspreiden dat zijn zaak niet meer in gang is, b.v. ten gevolge van rampen of andere ongelegenheid; die vrij geworden clienteele hoopt men dan voor zich te zullen verwerven [1]). Maar over deloyale concurrentie wordt ook geklaagd, al bedoelt zij niet benadeeling van bepaalde personen. In de eerste plaats bij onbehoorlijke reclame, en dit weder hetzij ten aanzien van zijn persoon of van zijn goederen. Men kan pralen met onderscheidingen of titels, die niet bestaan of geene waarde hebben, of met betrekkingen die men zou hebben met personen van zeker aanzien; men noemt zich leverancier van hooge personages, of leerling, gewezen bediende, opvolger of bloedverwant van iemand, die een goeden naam heeft in het vak. Men kan zijn waren opvijzelen door valsche voorstellingen omtrent de plaats van herkomst of omtrent hoedanigheden, misschien ook omtrent de omstandigheden waardoor men zich gedrongen ziet de goederen aan te bieden, omtrent de hoeveelheid en de keuze; met al dergelijke manoeuvres verlokt men tot koopen, wie anders niet zou hebben gekocht, en men schept zich een debiet ten koste van eerlijke vakgenooten.

---

bleek b.v. daaruit, dat de quitantie voor de plaatsing dier annonces werd aangeboden aan Hollenkamp zelf in perceel 81.

[1]) Alexander-Katz, Gutachten bl. 131, noemt nog een geval van ongeoorloofde concurrentie ten nadeele van een bepaald persoon, nl. het bewerken van de onderhoorigen tot het verkrijgen van bestellingen; het kan zijn dat de leverancier daarbij het initiatief neemt, maar evenzeer dat de onderhoorige den voorslag doet, en mogelijk is zoowel een geregelde afspraak omtrent het genieten van zekere provisie als ook het geven van een belooning bij een bepaalde leverantie; ergerlijk ook zal het bij deze wijze van onderkruipen vooral zijn, wanneer de verdrongene concurrent reden had om op de leverantie te rekenen. Intusschen is dit tegenover dien concurrent — afgescheiden van de grieven, die de meester misschien tegen den onderhoorige kan doen gelden — eenvoudig een geval van het afvangen van klanten door medewerking van derden.

Eveneens kan hier de overmacht dienst doen; machtige vereenigingen kunnen zwakkere concurrenten vernietigen, en eveneens kan de sterkere de zwakken onderdrukken door b.v. de personen, van wie hij zijn waren betrekt of die hij op andere wijze begunstigt, die derhalve van hem afhankelijk zijn, te verbieden ook met den concurrent te handelen.

Dat hiermede alle vormen van deloyale concurrentie genoemd zijn, wil ik allerminst beweren; het was mij alleen te doen om eenigszins nader de beteekenis van het euvel aan te geven [1]). Hoe echter is het te bestrijden? De Fransche jurisprudentie meent in art. 1382 het daartoe aangewezen middel te zien. De Duitsche wetgever blijkt van oordeel te zijn, dat eene bijzondere wet op dit stuk vereischt is; de ervaring intusschen heeft geleerd, dat de uitvoering groote moeilijkheden medebrengt.

Het ligt in den aard der zaak, dat de oneerlijke concurrent allicht in de termen van een bepaald misdrijf kan vallen; b.v. als hij zich schuldig maakt aan omkooping tot het verkrijgen van eenig fabrieks- of handelsgeheim, zal hij naar ons recht deelnemer kunnen zijn aan het misdrijf van art. 273 Strafwetb. Intusschen zal in menig geval bij deloyale concurrentie geen strafbepaling toepasselijk zijn. Bedrog kan zijn gepleegd tegen den persoon, met wien men heeft gehandeld; maar deloyale concurrentie gaat niet altijd gepaard met bedrog, en al is dat het geval, dan is elke der bedriegelijke handelingen op zich zelve allicht van te weinig belang dan dat de bedrogene zelf of de overheid er aan zou denken haar te vervolgen. En ook als men hier de verscheidene bedriegelijke handelingen als samenhangend beschouwt, als ééne voortgezette handeling, waardoor Treue und Glauben im Verkehr in gevaar worden

[1]) Nadere bijzonderheden ook over Italië, Engeland en Amerika zijn nog te vinden bij Dr. jur. Alfred Simon, die Concurrence déloyale, ihr Begriff und ihre Behandlung im Civil- und Strafrecht. Bern 1894. Bij hem en bij Alexander-Katz (zie hierboven bl. 13 n. 1) vindt men de uitgebreide literatuur vermeld. Daarbij is o. a. nog te voegen Dr. W. Reuling, Der unlautere Wettbewerb nach dem zweiten Entwurf etc. Berlin 1895.

gebracht, dan missen wij in het strafrecht eene bepaling, die eene dergelijke handeling kan treffen [1]). Dénigrement kan in de termen vallen van beleediging, wanneer de eer of goede naam van den concurrent is aangerand; maar op de diffamatie van zijne zaak of van zijne waren is geen straf bedreigd; het Duitsche strafwetboek geeft nog hulp, wanneer die diffamatie het krediet van den concurrent in gevaar heeft gebracht, maar ons recht behelst geene bepalingen in dit opzicht [2]). Toch — en dit is een punt van groot gewicht, dat m. i. door de Fransche rechtsgeleerden te veel verwaarloosd wordt — toch is eene strafactie hier in vele gevallen noodzakelijk en eene civiele vervolging niet afdoende. Reeds daarom meen ik het denkbeeld, dat deloyale concurrentie door bijzondere wettelijke bepalingen behoort te worden bestreden, te moeten toejuichen. Dat overigens eene algemeene civiele actie zou kunnen gelden in al de gevallen van deloyale concurrentie, wordt door de Duitsche rechtsgeleerden betwijfeld; reeds hierboven (bl. 14 n. 1) merkten wij op, dat ook § 705 van het eerste ontwerp van het Deutsche bürg. Gesb. daarbij geen dienst zou kunnen doen.

Eene algemeene toepasselijkheid van den regel van art. 1382 C. c. op de concurrence déloyale erkent de Fransche praktijk; en hetzelfde wordt ook door velen onzer juristen aangenomen ten aanzien van art. 1401 B. W. Voor menig geval kan ik dit toegeven, en in nog meer gevallen zoude ik het

---

[1]) Alexander-Katz bl. 48 v. zou een strafbepaling van dien aard in het Duitsche strafwetboek wenschen achter § 265.

[2]) Alexander-Katz, bl. 31; verg. § 186, 187 en 195 Str.gesb. en § 748 2e lezing Entw. B. Gesb. Reuling bl. 11 v. merkt terecht op, dat Kreditschädigung en Kreditgefährdung minder behooren bij beleediging dan bij het benadeelen in het vermogen, bepaaldelijk in de „livelihood", de middelen van bestaan, „sein Fortkommen in der Welt, die Erfolge seiner Thätigkeit und zwar speciell mit Rücksicht auf ihre wirthschaftlichen, insbesondere auf ihre finanziellen Resultate." Op zijne verdere bezwaren tegen de toepassing van § 186 en 187 zullen wij niet ingaan. Alleen wil ik wijzen op zijn wensch, dat ook Boycott en Strike zullen kunnen worden vervolgd, als zijnde „ein *direkt* auf die gewerbliche Schädigung des Gegners *abzielendes* Unternehmen" (bl. 19).

wenschen. Tegen de algemeenheid dier stelling rijzen echter verscheidene bezwaren.

In de eerste plaats mag men in het bijzonder aan hen, die de clienteele beschouwen als een rechtsgoed, welks benadeeling onrechtmatig is, de vraag stellen, waarom hierbij in het bijzonder de handelingen van concurrenten onrechtmatig zijn. Ook door allerlei andere personen kan dat rechtsgoed worden geschaad. Men zou zelfs willen vragen, of de kooper mag vrijloopen, die zijn vroegere kantoren ontrouw wordt, die zich misschien zoover vergeet dat hij zich buitenslands gaat voorzien of in coöperatieve vereenigingen. Zou men, eenmaal in die lijn zijnde, niet verder moeten gaan en regelingen moeten maken in den geest van een volledig georganiseerd gildenwezen? Wellicht ware voor dergelijke regelingen veel te zeggen, en wellicht zouden eigenlijk alleen daarmede velen bevredigd worden van hen, die op wettelijke bestrijding van de deloyale concurrentie aandringen; het is meer de concurrentie in het algemeen, waarover zij klagen; het debiet wordt voor de economisch zwakkeren te moeilijk gemaakt [1]). Wanneer de wetgever daartegen afdoende maatregelen zou willen nemen, wanneer hij als het ware aan ieder, die eerlijk en ijverig zijn bedrijf uitoefent, de voortdurende vruchtdragendheid van dat bedrijf wilde verzekeren, dan ware het bedrijf met de clienteele werkelijk een rechtsgoed. Zoolang dit alles echter niet het geval is, zie ik in die clienteele geen eigendom, ook niet in ruimeren zin genomen, en niet reeds in het benadeelen daarvan een onrecht.

Daargelaten intusschen die eigendomsquaestie, de deloyale concurrentie is een zoo ergerlijk en een zoo algemeen verbreid euvel, dat het recht verplicht is het krachtig te bestrijden; zoo ergens, dan wordt er hier gehandeld in strijd met hetgeen den eenen burger tegenover den ander betaamt [2]). Ik geef dit

---

[1]) Zie hierboven bl. 69 n. 2 en 89 n. 2. Dat overigens bescherming tegen hinderlijke mededinging soms ook wel door de machtigeren wordt verlangd, is bekend.

[2]) Zie hierboven bl. 19 n. 1 de daar aangehaalde motiveeringen.

toe, maar ik voeg er bij: zoo ergens, dan blijkt hier, hoe weinig bevredigend de toepassing van art. 1401 zou zijn. Hoever zoude de rechter bij gebreke van wettelijke regeling wel mogen gaan?

Om bij het oudste voorbeeld te beginnen, wij willen aannemen dat het afvangen van klanten onbehoorlijk is, maar wanneer is het dat in zoo sterke mate, dat het den naam van „ongeoorloofde handeling" mag dragen? Van een ijverig handelsreiziger is het niet te verlangen, dat hij zich geen moeite zal doen ten aanzien van afnemers, van wie hij weet dat zij gewoon zijn hun waren van een concurrent te betrekken. Het is mogelijk, dat de ijver met schelmerij gepaard gaat; b.v. wanneer de reiziger vroeger bij dien concurrent in dienst is geweest. Bekend is het geval van een courantier, die aan al de abonné's eener concurreerende courant eene circulaire toezond met uitnoodiging om zich bij hem te abonneeren; de namen dier abonné's was hij te weten gekomen doordien zijn loopjongen aan het postkantoor de adresstrooken van den concurrent in ontvangst had genomen [1]), en, al kan dit een vergissing geweest zijn, het was zeker ongepast van die vergissing op deze wijze partij te trekken. De zaak is niet voor den rechter gebracht, maar gemakkelijk ware zeker de beslissing niet. Toegegeven dat de algemeene aanblik van het feit beslissend mag zijn, het is toch te betwijfelen of die aanblik voor allen dezelfde is, of niet de een zal verontschuldigen of zelfs toejuichen wat de ander zal afkeuren. Er is gewezen op het geval van reizigers, die bij hun aankomst in handen vallen van de meest ondernemende onder de hen opwachtende dienstbaren van hotelhouders; zij zijn dan misschien te beschouwen als het wild, dat de rechtmatige buit is van den wakkersten jager. Maar gesteld al dat die vergelijking opgaat, en dat zij zelfs gepast is bij een publiek, dat reeds zijn gewone leveran-

[1]) Gewoonlijk worden de strooken, waarop de adressen der abonné's buiten de stad gedrukt zijn, reeds te voren van een postzegel voorzien aan het postkantoor ter stempeling aangeboden en dan teruggehaald; de couranten kunnen daarop onmiddellijk worden verzonden.

ciers heeft, ook het jachtbedrijf eischt zekere hoffelijkheid onder hen, die te zamen in het veld zijn. Intusschen omtrent de grenzen daarvan zijn de meeningen dikwijls verdeeld [1]). Eerst wanneer er b.v. stellig verwarring was teweeg gebracht, zou de rechter eenigszins vasten grond onder de voeten hebben [2]).

Onderkruipen door lage prijzen is deloyale concurrentie; maar is het niet in menig geval een fijne quaestie, welke prijzen behoorlijk zijn, en of niet de concurrent, die klaagt over het bederven der markt, te hooge prijzen eischt van het publiek?

Misbruik van reclame is eveneens een zeer netelig punt. Waar het opvijzelen van zich zelf [3]) of van zijne waren de grenzen der betamelijkheid overschrijdt, blijkt in de praktijk

---

[1]) Ten aanzien van het op bl. 92 n. 1 genoemde geval erkent ook Alexander-Katz, dat hij daarbij geene Draconische bepalingen zou willen aanbevelen. De grens tusschen al of niet geoorloofd zou zeker weêr moeilijk te trekken zijn.

[2]) De reiziger kan in dwaling worden gebracht door een gelijkenis in kleeding van de bedienden of in uiterlijk van de rijtuigen; in zulke gevallen zou misschien een merkenwet kunnen voorzien, hoewel de regeling zeker niet gemakkelijk zou zijn. Verg. Kohler, Markenschutz p. 95, Alexander-Katz bl. 13, Alfred Simon bl. 14.

Bij het op bl. 19 n. 1 genoemde vonnis van den kantonrechter te Bergen-op-Zoom gold het eene gedaagde, die zich aanwees als „voorheen winkeljuffrouw" bij zekere firma, die overigens een ander vak uitoefende; het „voorheen winkeljuffrouw" was echter met zeer kleine letter geschreven, terwijl de naam van de firma sterk in het oog viel. De kantonrechter verklaarde den eischer niet ontvankelijk, omdat van eenige misleiding van het publiek geenszins sprake kon zijn. De eischer intusschen bleek daarover anders te denken, en de gedaagde waarschijnlijk eveneens, toen zij zich op die wijze betitelde. De Fransche rechters hechten gewoonlijk veel aan die grootte der letters.

[3]) Meer dan eens had men het geval, dat iemand zijn zaak aan een ander overdroeg en zijn vroegere bediende zelf een dergelijke zaak oprichtte. Bij zijne annonces daaromtrent legde de laatste er gewicht op, dat hij jaren lang in de vroegere zaak het voornaamste werk had gedaan; en nu is het weder een fijne quaestie, of deze reclame betamelijk is of niet. Verg. verder Alfred Simon bl. 31.

veel verschil van meening te geven [1]). In het bijzonder heeft men allerlei moeilijkheden omtrent den uitverkoop tegen lage prijzen, wanneer daarbij meer of minder leugenachtige voorstellingen worden gegeven omtrent de redenen, die den verkoop noodzakelijk zouden maken. De voorbeelden zijn bekend; de goederen heeten afkomstig van een faillieten boedel [2]), van iemand die door vertrek of andere omstandigheden gedwongen is zijn voorraad op te ruimen, door de douanen aangehaald enz., en zij worden misschien in groote massa's uitgepakt; het publiek stroomt toe naar die gunstige gelegenheden, tot schade van de terzelfder plaatse gevestigde winkeliers, die natuurlijk luide klagen over de concurrentie der vreemde indringers. Merkwaardig is hierbij eene opmerking van Barbier (bl. 136), nadat hij over het delicate van de taak des rechters bij zulke gevallen heeft uitgeweid: de rechters der tribunaux de commerce geven hier veelal eene andere beslissing dan die van de cours d'appel, omdat de eersten waarschijnlijk meer dan de anderen voor de belangen van den localen handel gevoelen; het blijkt dan toch, dat het hier weêr moeilijk is de zaken onpartijdig en objectief te beschouwen.

In het bijzonder hebben wij nog eenige aandacht te wijden aan de vernietigende concurrentie door vereenigingen van vakgenooten, wellicht in verbinding met machtige financieele instellingen, meedoogenloos aangedaan aan allen die niet in de

[1]) In den rijksdag maakte men bezwaar tegen art. 1 van het ontwerp, dat bij onwaarheid van de reclame buiten het geval van kwade trouw een civiele actie toekende tot Unterlassung der unrichtigen Angaben. Men achtte een zoo algemeene bepaling ongepast, nu de wet juist bedoelde scherp omschreven gevallen te behandelen; men meende ook, dat veel van die reclame zoo gewoon is dat er weinig meer aan wordt gehecht, en dat het toch gevaarlijk kon zijn als soms de rechter haar letterlijk zoude opvatten. Intusschen, men heeft het toch gewaagd de bepaling te behouden.

[2]) Alexander-Katz, Gutachten bl. 142 vermeldt hier de resultaten van een onderzoek, door hem ingesteld bij de Konkursverwalter in de 30 grootste steden van Duitschland. Het bleek dat daarbij allerlei zwendelarij plaats greep, o. a. door het bijvoegen van andere goederen, als eenmaal de toeloop was verkregen.

combinatie zijn opgenomen. Het is niet te ontkennen dat Rings [1]), afgezien van de benadeeling van het publiek door verhooging van prijzen, een geweldig gevaar voor de concurrenten kunnen opleveren. Dat zoo weinig de tusschenkomst van den rechter daartegen wordt ingeroepen, ook waar de rechter pleegt zeer streng over de deloyale concurrentie te oordeelen, vindt reeds in de overmacht van dergelijke vereenigingen een voornamen grond, maar bovendien is het veelal hoogst moeilijk hierbij de grens te trekken tusschen wat geoorloofd en ongeoorloofd is. Het publiek heeft in menig geval volstrekt niet te klagen; de vereenigingen kunnen ook eenvoudig de zeer nuttige strekking hebben van Kartelle, tot regeling van de productie naar de behoeften, die bij het meer en meer ontstaan van wereldmarkten moeilijk te berekenen zijn voor ieder producent afzonderlijk. Maar ook tegenover den concurrent ligt in deze vereeniging van aan verschillende personen toebehoorende kapitalen op zich zelf niets onbehoorlijks; de drukkende overmacht kan zeker evenzeer worden uitgeoefend door een of meer vakgenooten, ook zonder vereeniging; en dat met krachtiger middelen veelal voordeeliger zal worden gewerkt, is een feit welks onaangename gevolgen de zwakkeren nu eenmaal zullen hebben te dragen. Het kan zijn dat een harde strijd wordt gevoerd, waarbij trouwens de overwonnene niet noodzakelijk de schoone rol had [2]); maar ook

[1]) Het zou mij te ver voeren — gesteld al dat de taak niet te zwaar bleek te zijn —, als ik zou trachten eenig licht te ontsteken in de duisternissen van de rings, corners, pools, Schwänze, trusts, syndicaten enz. Bij al die zaken is het zeer licht de toeleg om voor langer of korter tijd het publiek in zijn macht te hebben, en daartoe moet de tegenwerking van concurrenten onschadelijk worden gemaakt. Het zou intusschen summiere justitie zijn, dat alles eenvoudig als werken der duisternis te veroordeelen.

[2]) Men zie b.v. het in Pal. v. Just. 1896 n. 15 behandelde geval. Een vereeniging van bakkers deed een concurrent den oorlog aan door het brood voor 50 centimes te verkoopen, terwijl hij 55 centimes nam. Intusschen had de eischer zelf aanleiding gegeven tot den strijd, omdat tot nog toe de prijs 70 centimes was geweest. De rechter veroordeelde de vereenigde bakkers; misschien werd hij geleid juist door de over-

indien hem niets te verwijten is, dan is er nog in zijne nederlaag geen grond gelegen om hem ter hulp te komen. Het is hard en te betreuren, en wanneer eene regeling van het beheer der maatschappij kon worden aangegeven, die dergelijke botsingen van belangen konde keeren, zij zoude met beide handen moeten worden aangegrepen; maar welke beperkingen der vrijheid bij de bestaande organisatie geraden zouden zijn, waar weder de handelingen ongeoorloofd tegenover den concurrent zouden worden, is moeilijk te zeggen. In een zeer interessant Essay van the Hon. Alfred Lyttelton, the Law of Trade Combinations (in Thomas Mackay, a Policy of free Exchange, Londen 1894) vindt men b.v. op bl. 287 het geval behandeld van de Mogul S. S. company; eenige machtige reeders hadden zich vereenigd om het uitsluitend vervoer van thee uit Chineesche havens aan zich te trekken, en zij hadden de noodige maatregelen genomen om alle mededinging onmogelijk te maken. Concurrenten, die zich daarover bij den rechter beklaagden, ontvingen tot antwoord: het was alleen the lawful pursuit to the bitter end of a war of competition; de gedaagden hadden gestreden in het belang van hun handel en zij hadden hun tegenpartij overwonnen; maar beiden waren gedreven geweest door: het instinct of self-advancement and self-protection, which is the incentive of all trade. En daarop volgt deze overweging: To say that a man in to trade freely but that he is to stop short at any act which is calculated to harm other tradesmen and which is designed to attract business to himself, would be a strange and impossible counsel of perfection. Ik herhaal, het is hard en stuitend, als wij dus de onbeschaamde zelfzucht moeten zien zegevieren to the bitter end; en zeer gewenscht ware eene ordening der maatschappij, die dergelijke misstanden onmogelijk maakte. Maar met de veroordeeling der concurrentie in die meer krasse vormen zoude ook de eerlijke concurrentie moeten worden getroffen;

---

weging, dat hier één stond tegenover velen — en dat deze laatsten niet open voor de zaak uitkwamen, maar een onnoozel voorwendsel van philanthropie gebruikten.

een algemeene grens is niet te trekken, en in elk bijzonder geval is het beslissen naar omstandigheden zoo goed als ondoenlijk. Wat Scaccia zeide van de Genueesche kooplieden ter zake van den woeker, nl. dat geen hunner bij de Kerk genade zou kunnen vinden, zou een strenggezind rechter allicht op allen kunnen toepassen, die in concurrentie met anderen werken; wanneer hij daarentegen begreep niet meer te kunnen verlangen dan het betrachten van de sociale moraal, zoude hij weêr bijna alles kunnen vergeven. Wat leert ook de ervaring? In Engeland, en eveneens in andere landen, is gedurende eeuwen een reeks van statuten uitgevaardigd tegen combinatiën, hetzij van werklieden, hetzij ook van kapitalisten, doch niet alleen dat het gemakkelijker bleek te verbieden dan te beletten, men verwierp ook met het kwade het goede. Den rechter zooveel vrijheid te laten als de leer der Fransche juristen omtrent art. 1382 zou medebrengen, is ook bij dit onderwerp bedenkelijk. Wil men de deloyale concurrentie bestrijden, men zal een anderen weg hebben te volgen, al zal ook die soms tot teleurstellingen leiden [1]); het is de meer betrouwbare weg van rechtsvorming door aanvulling van het positieve recht.

Nog meer voorbeelden van deloyale concurrentie zouden kunnen worden aangevoerd, want ook op dit punt blijkt de vindingrijkheid van het eigenbelang onuitputtelijk. Maar telkens blijkt ons de beoordeeling van den zedelijken aanblik van het

---

[1]) Bemoedigend is trouwens het Duitsche voorbeeld niet; van de eerst ontworpene bepalingen heeft men al meer en meer moeten prijsgeven. Bekend is de strijd tegen art. 7 van het eerste ontwerp, dat met strenge straf bedreigde den onderhoorige, die binnen twee jaar na het eindigen der dienstbetrekking geheimen van het bedrijf mededeelde „oder anderweit verwerthete". De grands remèdes bleken in verscheidene opzichten gevaarlijk. Mocht men uit dit alles echter de tegenwerping willen putten, dat dan toch voor den wetgever de zaak zeer zwaar blijkt te zijn, dan zoude ik antwoorden dat de rechter nog minder daarvoor berekend is. Met de in Duitschland opgedane ervaring zullen andere wetgevers ook hun voordeel kunnen doen, en men slaagt toch niet altijd bij de eerste poging, vooral waar het betrekkelijk nieuwe vraagstukken geldt.

geval practisch al te veel bezwaren op te leveren. Het is niet omdat ik de moraal zoo streng zou willen weren van het gebied des rechts, dat daar zelfs nooit naar hare stem zou mogen worden geluisterd; het onrecht, hier door immoreele middelen gepleegd, behoort te worden bestreden [1]). Mijn bezwaar bestaat echter daarin, dat het zoo weinig bepaald is, wanneer die aangewende middelen immoreel mogen heeten. Het is gemakkelijk gezegd: nadeel, toegebracht door deloyale concurrentie, moet worden vergoed; maar de moeilijkheden beginnen zoodra men tot toepassing wil overgaan. Dat den rechter de beoordeeling der omstandigheden in allerlei zaken wordt overgelaten, en terecht, zal ik niet ontkennen [2]); maar hier leert de ondervinding, dat nadere bepalingen noodig zijn. Wat hierboven (bl. 88 noot) reeds werd opgemerkt ten aanzien der ongeoorloofde reclame, geldt ook voor de ongeoorloofde concurrentie in haar geheel; ik wijs op de volgende opmerking in de Denkschrift bij het Duitsche ontwerp: Gerade der Umstand, dasz in Ermangelung von Specialvorschriften auf dem hier fraglichen Gebiet eine sichere Rechtsgewohnheit über die Grenzen des vom Standpunkte der geschäftlichen Moral aus Zulässigen sich trotz der vielfach geltenden allgemeinen Verpflichtung zum Schadensersatz herauszubilden nicht vermocht hat, macht es rathsam, die Merkmale dessen, was künftig als gesetzlich verboten gelten soll, bestimmt zu bezeichnen [3]).

Nog een andere vraag zoude ik wenschen te stellen: Waarom met art. 1401 juist de deloyale concurrentie te bestrijden? De regel, in den voorgestelden ruimen zin opgevat, zoude veel verder reiken en op allerlei handelingen kunnen worden toegepast, die misschien niet onberispelijk kunnen heeten, maar waarbij toch ook waarschijnlijk de voorstanders van dien regel het bedenkelijk zouden achten den rechter de macht van veroordeeling te geven. Niet alleen dat de actie evenzeer toepasselijk zou zijn bij handelingen van niet-concurrenten, waarbij het

[1]) Verg. Alexander-Katz, Gutachten bl. 144.

[2]) Alexander-Katz, bl. 145.

[3]) Ook voorlichting aan den rechter of beslissing door de kooplieden zelven zou reeds daarom al weinig hulp kunnen geven.

eenvoudig de bedoeling was den ander te benadeelen zonder zich zelf te bevoordeelen, maar zij zou ook gelden wanneer er geen dolus bestond, doch enkel culpa (art. 1402) [1]; b.v. een al te actieve, maar slecht ingelichte agent verspreidt lichtvaardig het bericht, dat een concurreerende firma niet meer bestaat, of dat zij verhinderd is bestellingen uit te voeren. Zelfs is er misschien noch concurrentie, noch oneerlijkheid; een voorbarig journalist bericht b.v. dat er op een badplaats een besmettelijke ziekte is uitgebroken, tot groote schade van hotelhouders en neringdoenden; van een koopman worden (culpâ) ongunstige informatiën gegeven of gunstige informatiën worden hem onthouden. Schade zonder concurrentie en zonder opzet [2]) was er ook in het geval van de Agence Veritas, ten doel hebbende het verstrekken van renseignements commerciaux; de door deze Agence gegeven inlichtingen bleken onbetrouwbaar te zijn, en daardoor werd het vertrouwen geschokt op het bureau Veritas, dat het geven van informations maritimes beoogt; het publiek meende, dat er tusschen de beide instellingen samenhang bestond, en het is dan ook duidelijk dat daarom die naam was gekozen [3]).

Er is eigenlijk zelfs geen grond om hier alleen te denken aan concurrentie in den handel, of in het algemeen in bedrijven waarbij sprake is van eene clienteele, van het behalen van winst op het publiek; evenzeer kan er reden van

---

[1]) De Fransche juristen achten daarbij dan culpa levissima voldoende; zie hierboven bl. 15 n. 3. In de Fransche praktijk ziet men werkelijk de concurrence illicite veroordeeld naast de concurrence déloyale; alleen wordt dan bij de eerste de schadevergoeding met moderatie toegepast, hoewel dit eigenlijk moeilijk is te verdedigen (verg. Barbier bl. 175). In de meeste landen wil men enkel de deloyale concurrentie treffen.

Zeer ver gaat Alfred Simon, bl. 4 n. 3. Hij verwerpt het onderscheid tusschen de beide soorten van concurrence, en hij meent, dat ook de Duitsche schrijvers met hun „unlauterer Wettbewerb" het verschil tusschen dolus en culpa ter zijde stellen. Doch al omvat het begrip „unlauter", „deloyaal", wellicht meer dan eigenlijke oneerlijkheid (zie hierboven bl. 88 n. 1), het doelt toch altijd op dolus.

[2]) Tenzij men soms van voorwaardelijk opzet zou willen spreken.

[3]) Zie Barbier bl. 37.

klagen zijn over mededinging bij het sluiten van allerlei contracten, bij het huren van dienstboden, bij het koopen of huren van een huis of van eene andere zaak, wanneer men anderen daarbij onderkruipt of in het algemeen zich daarbij anders gedraagt dan den eenen mensch tegenover den ander betaamt. Ook hier weder zoude dan de actie van art. 1401 gelden, al is er alleen met culpa gehandeld en al is de schade toegebracht door een derde, wanneer deze zich b.v. met lichtvaardigheid ongunstig over een der mededingers heeft uitgelaten. Het zal onnoodig zijn nog verdere gevallen te stellen, maar ik zie in dit voorbeeld der deloyale concurrentie een aanwijzing, dat men met die ruime opvatting der actie uit onrechtmatige daad eigenlijk bedoelt enkele van de meest in het oog vallende maatschappelijke ongerechtigheden te bestrijden. Welnu, dan trede men tegen die bepaalde ongerechtigheden in het bijzonder op. Het wapen, dat men den rechter in handen wil geven, kan ook dienen voor gevallen van veel minder ernstigen aard, en dit heeft het dubbele nadeel, dat getroffen kan worden wat vrij mocht blijven, en dat allicht niet de noodige strengheid wordt betoond tegenover de handelingen, die men eigenlijk wenscht te treffen. Bovendien werkt het middel tegen deze handelingen niet zoo juist als bij eene goede justitie wenschelijk is; de actie van art. 1401 is bij de deloyale concurrentie niet altijd voldoende.

Over dit laatste bezwaar zal ik niet ver hebben uit te weiden. Ik wil alleen op twee punten wijzen. In de eerste plaats, het werd reeds hierboven op bl. 94 opgemerkt, zal in menig geval eene strafactie noodig zijn. Daargelaten nog de theoretische gronden, die voor eene strafrechtelijke regeling pleiten, het ligt voor de hand dat de benadeelde, vooral wanneer de concurrentie niet een enkel bepaald persoon betreft, zich de moeite niet zal geven om eene civiele actie in te stellen, en ook indien hij daartoe overgaat, heeft allicht de deloyale concurrent evenveel of zelfs meer aan voordeel genoten dan hij nu aan schadevergoeding zou hebben uit te keeren [1]). Bovendien kan de actie van

[1]) Bij de behandeling der Duitsche wet maakte men bezwaar tegen

art. 1401 alleen dienen tot vergoeding van schade, die reeds geleden is; zij kan niet het lijden van schade in de toekomst verhinderen. De Fransche rechters plegen ook eene veroordeeling uit te spreken om zich van verdere onrechtmatige handelingen te onthouden; zij schrijven zelfs regelen voor, naar welke de gedaagde zich zal hebben te gedragen, met bedreiging van boeten bij overtreding. Ook hier te lande komt dit voor. Bij het op bl. 91 n. 3 genoemde vonnis in W. 6723 werd niet alleen schadevergoeding toegekend ten bedrage van *f* 500, maar ook, voor het geval dat de gedaagde mocht voortgaan met zijne ongeoorloofde handelwijze, den eischer wel niet de bevoegdheid gegeven om het bewuste schild en wat daarbij behoorde te doen wegnemen, maar toch hem een bedrag toegewezen van *f* 10 voor elken dag dat het bleef hangen, en van *f* 100 voor elke plaatsing der annonce in de courant. Of dit met ons recht te rijmen is, staat intusschen niet vast; eene stellige bepaling op dit punt ware zeker niet overbodig [1]).

---

eene strafbepaling, 1°. omdat de Eigennutz het best zou worden bestreden met eene actie tot vergoeding, 2°. omdat men meende voor Denunciantenthum te moeten vreezen. Van veel gewicht zijn echter die argumenten zeker niet; verg. Alexander-Katz, Gutachten bl. 157.

[1]) Een enkel woord over deze interessante vraag zal men mij veroorloven; ik verwijs daarbij naar de opmerkingen van Drucker in Rgel. Mag. 1892, bl. 228 v. Het zal den rechter vrijstaan, eene voorwaardelijke veroordeeling tot schadevergoeding uit te spreken voor het geval dat aan eene veroordeeling (pronuntiatio ware misschien een juister woord, nu van executie moeilijk sprake kan zijn) om iets te doen niet wordt voldaan. Ook laat zich denken — vooral als de eischer zich daarmee vereenigt — een veroordeeling tot vergoeding voor het in gebreke zijn, met vaststelling van een termijn, binnen welken de schuldenaar zal hebben te doen, en na afloop van welken de rechter einduitspraak zal gevan (verg. Drucker bl. 231). Eveneens als eene verbintenis bestaat in iets niet te doen, b.v. als men zich bij contract had verbonden om op die plaats geen winkel te drijven zooals de eischer er een drijft. De rechter maakt dan uit, dat die verbintenis bestaat, en veroordeelt tot schadevergoeding voor het geval dat aan die uitspraak geen gevolg wordt gegeven. In de genoemde gevallen intusschen bestaat er eene verbintenis tot doen of niet-doen; de rechter geeft daarover zijn beslissing, en veroordeelt dan verder voorwaardelijk tot schadevergoe-

Opmerkelijk is het overigens, dat ook Fransche rechtsgeleerden, die tegen de concurrence déloyale de hulp van art. 1382 C. c. inroepen, de onvoldoendheid van dat middel inzien en eigenlijk nog liever een ander middel zouden willen toepassen [1]; nu de wetgever zwijgt over de concurrence déloyale, en de rechter toch verplicht is recht te spreken (art. 4 C. c.), is hij, zooals art. 11 Titre 5 van het Projet de livre préliminaire du code het uitdrukte: à défaut de la loi précise un ministre d'équité [2]). Ook tegen dit middel zoude ik bedenkingen hebben, en

---

ding. Bij eene verbintenis uit onrechtmatige daad echter bestond er vóór het plegen dier daad niet reeds eene verbintenis om die daad niet te doen; zie hierboven bl. 8 n. 1. Ook indien A jegens B onrechtmatig heeft gehandeld, is er tusschen hen geen verbintenis, dat A niet in het vervolg dergelijke daden zal plegen; in het geval van Hollenkamp zou allicht opnieuw gezondigd kunnen worden, maar dan zou ook telkens een nieuwe actie zijn in te stellen. Doch dit alles daargelaten, als dwangmiddel, zooals bij de astreinte in de Fransche praktijk en soms ook hier te lande het geval is, zal een dergelijke voorwaardelijke veroordeeling moeilijk kunnen worden toegelaten; ook Drucker bl. 233 neemt dat aan. Bij een in April 1896 door de rechtbank van Breda gewezen vonnis omtrent Junker und Ruh kachels werd wel schadevergoeding op grond van art. 1401 toegekend, maar afgewezen de eisch om ook een boete te bepalen voor elke latere dergelijke onrechtmatige daad. De Duitsche wet erkent de Unterlassungsklage tegen den concurrent uitdrukkelijk; reeds bij § 814 en 819 der Civilproceszordnung was zij toegelaten, maar onder zekere voorwaarden, die bij deloyale concurrentie veelal zullen ontbreken; verg. Alexander-Katz, Gutachten bl. 145. Men mag zelfs vragen, of de „einstweiligen Verfügungen", die volgens de Motive der Civ.pr. O. met beschikkingen en référé zijn te vergelijken, wel met deze Unterlassungsklagen in verband kunnen worden gebracht.

[1]) Zie Barbier bl. 41 v. en de aldaar geciteerde vonnissen.

[2]) Verg. ook art. 5 van het Wetb. Nap. voor Holl. en artt. 71—73 van het Ontwerp van 1820. Het blijkt dat men in de wetgevingen van die tijden, ook waar men sprak van analogie, altijd doelde op een tegenstelling met het positieve recht, al was het uit den aard der zaak niet altijd helder, wat het dan was dat de rechter bij gebreke van het positieve recht had te volgen. Ook Barbier bedoelt zulk een tegenstelling; hij acht art. 1382, al geeft dat zeer veel, toch onvoldoende en opent nu den rechter buiten de wet nog een ruimer veld.

wel in denzelfden geest als de reeds op bl. 69 v. aangevoerde; bij het ontbreken van termen om te veroordeelen acht ik het veeleer de taak des rechters den gedaagde vrij te laten gaan [1]). Ik haalde die opmerking alleen aan ten bewijze dat ook zij, die art. 1382 C. c. tegen de deloyale concurrentie inroepen, het met zich zelf niet altijd eens zijn.

Hoe men dan wèl de deloyale concurrentie zou moeten bestrijden? Men zal niet van mij verlangen, dat ik op deze vraag hier een volledig antwoord tracht te geven, maar dit althans schijnt mij duidelijk, dat men de meeste kans van slagen zal hebben door maatregelen te beramen tegen de verschillende handelingen, welke onder dien algemeenen naam plegen te worden samengevat [2]). Tegen het meest voor de hand liggende geval van deloyale concurrentie, het tot zich lokken van eens anders clienteele door verwarring te maken met namen, verpakking en dergelijke knoeierijen, is het in de eerste plaats noodig alle zorg te besteden aan de wetten op het gebruik van merken, namen en dergelijke aanwijzingen. Dat op dit punt nog het een en ander gedaan kan worden is, meen ik, algemeen erkend. Zeker zullen er echter altijd nog gevallen overblijven, waarbij het publiek in de war wordt gebracht (zie hierboven bl. 91); daarvoor zal wel een bepaling wenschelijk blijven, maar die worde dan in haar vereischten en in haar gevolgen duidelijk omschreven. Dénigrement kan getroffen worden door strafbepalingen in den geest als hierboven op bl. 94 n. 2 is aangeduid; het geldt hier een handeling, waaraan ook anderen dan concurrenten zich schuldig kunnen maken, en waarvoor ook zij dan strafbaar moeten zijn; maar het zal allicht de deloyale concurrent zijn, die in de termen van dat misdrijf zou vallen. Onbehoorlijke reclame zou door het strafrecht

---

[1]) Op hetgeen den rechter te doen staat bij stilzwijgen der wet, zullen wij hieronder nog terugkomen.

[2]) Terecht maakt Reuling bl. 9 v. een onderscheiding tusschen Konkurrenzdelikte en Nicht-Konkurrenzdelikte; tot de laatste rekent hij b.v. Quantitätsverschleierung, en Betriebs- und Kreditschädigung durch Nachreden; daarbij is niet noodzakelijk het benadeelen van een concurrent bedoeld.

kunnen worden tegengegaan, voorzoover zij geschiedt door het aanmatigen van onderscheidingen of andere titels [1]); eveneens bedrog omtrent hoedanigheden van de goederen, terwijl ook veel kan worden voorkomen door regeling van de hoeveelheden, waarin bepaalde waren in den handel mogen worden gebracht [2]). Bij dit alles zal men met vrucht verschillende vreemde wetgevingen kunnen raadplegen, in de eerste plaats de nieuwe Duitsche wet; hare wordingsgeschiedenis en de uitgebreide met haar in verband staande literatuur kunnen voor ons zeer leerzaam zijn om te beslissen wat bereikbaar, maar eveneens wat niet bereikbaar is; ook het te veel regelen moet men weten te vermijden. Het volmaakte zal wel niet te verkrijgen zijn bij een zoo ingewikkeld vraagstuk, dat eigenlijk eerst sinds kort aan de orde is; maar veel is er toch, dat daarbij gedaan zal kunnen worden, al zij het dan niet met één algemeenen regel.

Met het hierboven behandelde onderwerp wensch ik een geval in verband te brengen, waarop Laurent n. 406 zijnen regel over de aansprakelijkheid wegens ongeoorloofde handelingen meent te mogen toepassen, het geval nl. dat meer verwijderde bloedverwanten zich meester maken van eene nalatenschap ten nadeele van nadere bloedverwanten. Hij haalt een arrest aan [3]), waarbij het eene reeds opengevallene erfenis betrof; die meer verwijderde bloedverwanten hadden de scheiding zoo ingericht (door toebedeeling van roerend goed en soultes aan een insolventen deelgerechtigde), dat de terugvordering door de nadere bloedverwanten vruchteloos moest blijven, en daarom werden zij hoofdelijk tot schadevergoeding veroordeeld. Ik laat nu daar, in hoever Laurent's ruime opvatting van art. 1382 noodig was voor een dergelijke veroordeeling. Volgens de redeneeringen intusschen, waarmede hij het geval toelicht, denkt hij zich reeds het uitzicht op eene erfenis als

[1]) Verg. Alexander-Katz, bl. 33.

[2]) Op zulke Quantitätsverschleierungen is vooral bij de Duitschers de aandacht gevallen; de handige concurrent levert wohlfeil, aber — onder de maat waarop de kooper rekende.

[3]) Van het hof van Nîmes, 7 Maart 1853. Dalloz 1854, 2, bl. 249 v.

een recht [1]); door den erflater te verhinderen in het maken van uiterste wilsbeschikkingen krenkt men het recht van hem, die bij de making zoude zijn bevoordeeld, en „le droit des héritiers ab intestat est encore plus sacré” enz. Men zal dan ook moeten erkennen, dat in zijn systeem art. 1382 toepasselijk behoort te zijn, wanneer onbetamelijke invloed op den erflater is in het werk gesteld. Men kan ook hier spreken van concurrentie, van het streven om een voordeel te bemachtigen dat mede door anderen wordt begeerd, en wanneer weder bij deze concurrentie anders wordt gehandeld dan den een tegenover den ander betaamt, zou derhalve de teleurgestelde art. 1382 kunnen inroepen.

Maar ook in dit geval zouden weder tegen de ruime toepassing van artt. 1382 en 1401 de oude bedenkingen rijzen; somtijds zouden daardoor ergerlijke praktijken naar behooren kunnen worden bestreden [2]), maar de regel zoude te streng en althans te onbepaald zijn. Het onbeschaamde streven naar eigen voordeel wil ik niet in bescherming nemen, maar ik vrees dat een algemeene rechtsregel weinig nut en veel nadeel zou geven. Vergeten wij niet, dat hij concurrentie van allerlei aard zou treffen, en wil men hem nu toepassen op allen die in de mededinging naar een of anderen prijs, in zoovele gevallen waarin verscheidene gegadigden elkander verdringen [3]), niet de gepaste bescheidenheid in acht nemen in den strijd? Waarlijk de rechter zou niet te benijden zijn, die als kamprechter konde worden opgeroepen bij allerlei wedstrijden, en dan moest uitmaken wat op elk verschillend gebied door de

---

[1]) Zie hierboven bl. 36 noot.

[2]) Misschien zoude met eene betere regeling van de onwaardigheid iets te bereiken zijn.

[3]) Zie hierboven bl. 103 v.; onnoodig is het zeker alles op te sommen, dat zich hier kan voordoen. Alleen één geval wil ik nog noemen: een crediteur, die van zijn schuldenaar de betaling weet te verkrijgen, terwijl andere crediteuren onbetaald blijven, zou allicht in de termen vallen van art. 1401; over de oude vraag, of in dat geval de actio Pauliana toepasselijk is, zou men zich dus niet meer het hoofd hebben te breken.

goede manieren gevorderd wordt. Ongetwijfeld is het gewenscht, dat ieder zoo streng mogelijk alles betrachte, waartoe hij verplicht is jegens zijn medeburgers, niet alleen tegenover concurrenten, maar ook tegenover de personen, met wie hij handelt, zelfs jegens personen die hem ten eenenmale vreemd zijn. Wij zullen zoo aanstonds nog enkele gevallen bespreken, waarbij de bedoelde regel ook in die laatstgenoemde omstandigheden wordt ingeroepen. De standaard der moraal, door ieder voor zich zelf in elk geval aan te leggen, kan moeilijk te hoog worden gesteld. Doch de wetgever moet binnen de grenzen van het algemeen bereikbare blijven; zijne voorschriften moeten niet te streng, en zij moeten bovendien bepaald zijn.

Art. 1382 C. c. wordt met goed gevolg ingeroepen bij het verbreken van trouwbeloften. Als een voorbeeld uit vele wil ik een vonnis en een arrest van Brussel noemen, besproken in het Pal. van Just. 1893, nrs. 43, 45 en 47; daarbij werd uitgemaakt, dat wel is waar naar het Belgische recht[1]) trouwbeloften krachteloos zijn en bij niet-uitvoering door een der partijen geen grond opleveren voor een geding tot vergoeding van schade en interest, maar dat toch volgens art. 1382 C. c. de partij, die daarbij stoffelijk of zedelijk nadeel heeft geleden door de nalatigheid of de onvoorzichtigheid der andere partij, recht heeft op vergoeding van dat nadeel. De rechter volgde de leer, die o. a. door Laurent II n. 304 v. wordt verkondigd: trouwbeloften verplichten niet tot het aangaan van een huwelijk, daar hiertoe beider toestemming vereischt is, en evenmin tot schadevergoeding, daar het huwelijk geen geldzaak is, maar volgens de uitdrukking van den eersten consul, de vereeniging van twee zielen; een equivalent in geld voor het voordeel, dat het huwelijk zou hebben verschaft, kan dus niet worden gevorderd; doch dit neemt niet weg dat men vergoeding kan vragen, niet alleen wegens de gemaakte onkosten maar

[1]) De vraag is voor ons Nederlandsche recht niet van practisch belang, nu art. 113 B. W. alle recht op vergoeding beperkt tot die van werkelijke verliezen.

ook wegens de aangedane beleediging, die ook een beletsel kan zijn voor een ander huwelijk. Men zal intusschen moeten toegeven, dat weder in dit geval de rechter voor buitengewoon teedere vragen wordt gesteld; in het Brusselsche proces althans waren het al zeer subtiele overwegingen, die hem tot toewijzing van den eisch leidden wegens coupable légèreté (culpa).

Ernstiger is een ander geval, dat allicht met het voorgaande in verband staat, nl. wanneer een kind verwekt wordt bij de vrouw, aan wie trouwbelofte is gedaan, of in het algemeen bij eene vrouw waarmede de vader niet gehuwd is [1]). Eene actie tot vergoeding zoude zeker voor de vrouw in menig geval volkomen billijk zijn, maar ook hier zoude de rechter weder voor de moeilijke vraag zijn gesteld [2]), in hoever de vrouw over eene ongeoorloofde handeling van den man konde klagen. Dit nu is zeker het geval, indien geweld is gepleegd of anderszins misbruik is gemaakt van een hulpeloozen toestand; eveneens bij bedrog, en daarbij kan de belofte van een huwelijk gelden. Maar de rechter loopt zeker het gevaar van al te groote welwillendheid jegens de onridderlijk behandelde vrouw [3]); van den anderen kant, wanneer hij meent op hare deugd niet meer dan op die van den vader te mogen vertrouwen, zal de rechtspraak weder noodzakelijk veel onzekerheid moeten medebrengen. Ik veroorloof mij eene enkele opmerking ter aanwijzing van het verschil van meening, dat op dit punt bestaanbaar

[1]) Men spreekt hier veelal kortweg van „defloratie"; natuurlijk is die term niet altijd de juiste, maar het zal ook onnoodig zijn alle nuances, die zich kunnen voordoen, afzonderlijk te bespreken; het geval zelf is duidelijk genoeg.

In dezelfde lijn ligt ook het geval van een nietigverklaard huwelijk, wanneer slechts eene der partijen daarbij ter goeder trouw was. De regeling van art. 151 B. W. is daaromtrent ten eenenmale onvoldoende.

[2]) Over de vraag, of hier schadevergoeding het ware middel tot herstel is, zullen wij hieronder hebben te spreken.

[3]) Ik denk hier aan een gezegde van Nicolaï bij de behandeling van den regel van art. 305: om te twijfelen over dat vaderschap il faudrait supposer trop de perfidie dans le coeur des femmes.

is tusschen personen, die toch waarlijk gezegd kunnen worden ernstige studie van menschen en zaken te hebben gemaakt. Bekend is het dat Menger (bl. 49 v.) hier weder een schel licht laat vallen op het onrecht, dat aan de besitzlose vrouwen door de verleiding vonseiten wohlhabender Männer wordt aangedaan; daartegenover wordt door iemand — die toch blijkt over de verplichtingen van den vader niet licht te denken en ook warm te voelen voor Menger's denkbeelden [1]) — volgehouden, dat gewoonlijk de vaders tot de Besitzlosen behooren en de moeder dan het vaderschap opdraagt aan dengene, dien zij meent met het meeste voordeel te kunnen aanvallen. Hij zegt — behalve nog veel meer dat over deze zaken te denken geeft, maar dat wij hier niet hebben over te nemen —: „Was ist also die Wahrheit? **Die meisten Gesetzgebungen schützen den besitzlosen Vater und geben die wohlhabenden Männer einer äusserst folgenschweren Art der Erpressung preis.**" Een gemoedelijk rechter moet dus wel verlegen worden, als hij heeft te kiezen op welk compas hij zijn koers zal nemen.

Het vraagstuk hangt nauw samen met dat omtrent het onderzoek naar het vaderschap [2]), en het ware zeker gewenscht dat beide te zamen door den wetgever ernstig ter hand werden genomen. Dat namens het kind bezwaarlijk eene actie op grond van art. 1401 zal kunnen worden ingesteld, vereischt wel geen nader betoog; maar wel zal het ongetwijfeld aanspraak mogen maken op onderhoud en opvoeding. Al mag men er bezwaar in zien, den onwilligen vader de ouderlijke macht op te dragen, met hare rechten evenzeer als met hare verplichtingen [3]), dat is geen reden om hem niet dergelijke verplichtingen op te

---

[1]) E. A. Schroeder, das Recht in der geschlechtlichen Ordnung. Sozialwissenschaftliche Rechtsuntersuchungen, Leipzig 1896 bl. 227 v.

[2]) Men betwijfelt, of eene actie tot schadevergoeding voor de gedefloreerde zich zoude verdragen met ons art. 342 (art. 340 C. c.); men vergelijke daaromtrent Barazetti, das Eherecht, Heidelberg 1895 bl. 60 v. Ik deel dien twijfel niet; art. 342 houdt enkel eene ontzegging in van recht voor het kind.

[3]) Verg. art. 306 van het Ontwerp 1e Boek van het Burgerlijk Wetboek van 1886, met de Toelichting.

leggen als rusten op den vader van wettige of van erkende kinderen. De vraag omtrent schuld, die bij de aanspraak op schadevergoeding voor de moeder veel moeilijkheid kan opleveren, is voor die vordering van het kind van geen gewicht, en dus ook practisch ligt er een groot verschil tusschen de beide vraagstukken. Het kind kan volstaan met het vaderschap aan te toonen. Intusschen, het stuit daarbij op de moeilijkheid van het bewijs der afstamming, die ook bij de actie der moeder zich voordoet; bovendien laten zich tegen het toekennen van beider aanspraken dikwijls dezelfde — trouwens min juiste [1]) — overwegingen gelden van sociaal belang. Daarbij komt de omstandigheid, dat beide aanspraken allicht feitelijk vereenigd worden geldig gemaakt; de moeder, die volledige vergoeding verkrijgt, ziet zich daardoor in staat gesteld voor het kind te zorgen, en wanneer door den vader het verschuldigde aan het kind wordt verschaft, is ook voor een belangrijk gedeelte het onrecht jegens de moeder hersteld. Toch zal men zich hebben te wachten voor een verwarring van de beide actiën; bepaaldelijk zoude het bedenkelijk zijn, wanneer men de vereischten voor eene actie van het kind ook voor die van de vrouw voldoende zoude achten. De wetgever zoude den strengen regel van art. 342 in dien geest mogen wijzigen, dat het kind tegen den vader een actie konde instellen, zoodra er een voldoende mate van waarschijnlijkheid omtrent het vaderschap bestond. Dat hierbij vermoedens zouden mogen dienst doen, ligt voor de hand. Ik moet erkennen wel eenigszins huiverig te zijn voor vermoedens in den geest van het oude: Creditur virgini parturienti; althans zoude ik hierbij wel gewicht willen hechten aan eene exceptio plurium concumbentium, als aanwijzing dat de moeder vulgivaga en dientengevolge het vaderschap te onzeker was. Daarentegen zoude een concubinaat of een dergelijke verhouding van de moeder tot een bepaalden

[1]) Ik kan hier volstaan met de verwijzing naar het opstel van Molengraaff in den Gids van Januari 1896, bl. 93 v.: Onderzoek naar het vaderschap.

man [1]) in aanmerking kunnen worden genomen, en eveneens de feitelijke erkenning naast de wettelijke kunnen gelden [2]). Voor de actie van de vrouw daarentegen zoude, zooals ik reeds opmerkte, ook de schuld van den man moeten blijken; en daarbij zoude de exceptio plurium concumbentium niet alleen de beteekenis hebben om de waarschijnlijkheid der afstamming te verminderen maar ook om de bewering te bestrijden dat de vrouw het slachtoffer van 's mans schuld was. Terwijl verder de actie van het kind in den regel bij concubinaat van de moeder zoude kunnen worden toegewezen, kan aan de moeder in een dergelijk geval bezwaarlijk de actie van art. 1401 worden toegekend; wel kan dan sprake zijn van actie uit overeenkomst. Hoe overigens dit alles weder in bijzonderheden zoude moeten worden geregeld, dit althans dunkt mij duidelijk, dat ook voor de toepassing van art. 1401 op het geval van defloratie eene nadere regeling wenschelijk is. Daargelaten de gevallen van een stellig misdrijf tegen de vrouw, waarin deze reeds op grond van art. 1407*c* kan ageeren, zoude de rechter bij een ruime opvatting van art. 1401 allicht tot overgroote strengheid, en misschien ook tot het tegenovergestelde kunnen vervallen [3]).

In het eigenlijke contractenrecht zijn de gevallen, waarin eene der handelende partijen zich jegens de andere niet gedragen heeft zooals het in het maatschappelijk leven den eenen mensch jegens den anderen betaamt, oneindig talrijk. Ongetwijfeld zoude men dan weder het recht wenschen te

---

[1]) Men denke b.v. aan de Brautkinder van het Wetboek van Zürich § 686 v.

[2]) Molengraaff wijst hierbij op de bepaling van het Ontw. van 1801: La loi n'admet point la recherche de la paternité *non avouée*, en dit aveu was mogelijk ook bij écrits privés du père et d'autres circonstances. Men kan hierbij vergelijken, niet alleen art. 266 van het Wetb. Nap. v. Holl., maar ook art. 304 van het Ontw. van 1886.

[3]) Zie in Rgel. Mag. 1887, bl. 540, beslissingen van Fransche rechters in verschillenden zin. Soms wordt de actie van art. 1382 ontzegd, als den man geenerlei schuld is te wijten, maar soms ook wordt zij toegewezen, alors même qu'il y aurait eu abandon réciproque librement consenti.

zien optreden tegen de ongerechtigheid, en ook dan zoude men bij den regel van art. 1401, in ruimen zin opgevat, gemakkelijk baat kunnen vinden.

Voor de hand ligt het geval van woeker. In onze wet zijn niet alleen de regelen opgeheven omtrent het maximum der te bedingen interessen, maar ook al blijkt de schuldeischer ten stelligste een in de gegeven omstandigheden onbehoorlijk hoogen prijs te hebben gesteld op den door hem verleenden dienst, hij kan vasthouden aan het recht, dat hij bij de overeenkomst heeft weten te bedingen. Zelfs Pothier, die bij verscheidene gelegenheden de blijken geeft, dat hij de fijngevoeligheid der kerk op het punt van woeker geheel en al deelt, en die herhaaldelijk den schuldeischer wijst op zijne plichten *dans le for intérieur*, erkent toch de rechtsgeldigheid der aangegane verbintenissen. In verscheidene wetgevingen van de laatste jaren is echter de strijd tegen den woeker weder aangebonden [1]); algemeen bekend is b.v. de Duitsche wet van 24 Mei 1880, aangevuld bij die van 2 Mei 1893, waarbij verboden wordt het misbruik maken van den nood, de lichtzinnigheid of de onkunde der andere partij, door het nemen van onevenredige voordeelen, en dit niet alleen bij leen of uitstel van betaling, maar in het algemeen bij allerlei overeenkomsten.

Ongetwijfeld zal ieder weldenkende het toejuichen, wanneer hij den wetgever zoo krachtig ziet streven naar billijkheid. Zal zij op deze wijze gemakkelijk te bereiken zijn? Waarschijnlijk niet; maar met de proefneming kan iets gewonnen en niet licht iets verloren worden. Dat ik datzelfde niet zou durven beweren, wanneer de strenge leer omtrent ongeoorloofde handelingen in haar algemeenheid ook op het contractenrecht mocht worden toegepast, behoef ik wel niet nader te verklaren.

Er rijst hierbij intusschen nog eene vraag: Moet niet werkelijk de voorgestelde regel omtrent art. 1401 ook de overeenkomsten omvatten, en zoo ja, is er dan voor de voorstanders

---

[1]) Zie de redevoering van Molengraaff in het Utrechtsch genootschap gehouden 25 Juni 1895, opgenomen in het Rgel. Magazijn XIV. bl. 365 v.

van dien regel nog reden om dergelijke bepalingen als de zooeven genoemde voor het contractenrecht te verlangen? Ik noemde het hierboven (bl. 88) eene subsidiaire actie, die bij artt. 1382 C. c. en 1401 B. W. zoude zijn toegekend tot vergoeding van schade, indien deze is toegebracht door ongeoorloofde handelingen; en er is daarbij geen grond om dat „subsidiair" zoo op te vatten, alsof deze actie alleen zou gelden bij ontstentenis van andere rechtsmiddelen; in het algemeen zoude men bij geledene schade tot dit middel zijn toevlucht kunnen nemen, onverschillig of men eene bijzondere wetsbepaling tot staving eener meer bepaalde actie zou kunnen inroepen [1]). Maar kan dit nu geen strijd geven met die bijzondere wetsbepalingen? Ik stel die vraag bepaaldelijk ten aanzien van het contractenrecht [2]), en ik zie daarin werkelijk geen geringe moeilijkheid. De rechter, die de vrije leer omtrent art. 1401 omhelst, zal dikwijls verlegen staan, wanneer de wet een regel stelt maar in het gegeven geval het opvolgen van dien regel niet in overeenstemming zou zijn met de wijze, waarop het betamelijk is zich in het maatschappelijk verkeer te gedragen.

Het komt mij inderdaad voor, dat hier weder een nieuwe bedenking gelegen is tegen de bedoelde leer [3]). Heilig acht ik den regel: Pacta sunt servanda, zeker niet; maar ik acht hem toch zoo gezond en zoo nuttig, dat ik er niet van wil afwijken tenzij op zwaarwichtige gronden. Ik kan dergelijke gronden zien in de gevallen, door de zooeven genoemde Duitsche wet behandeld, bij misbruik van den ongunstigen toestand, waarin de andere partij verkeert. Men wil echter verder gaan en den rechter ook de macht geven tot wijziging eener overeenkomst, waarbij de eene partij bovenmatig is

[1]) De actie van art. 1401 is zeker niet uitgesloten door het bestaan eener andere actie; zie hierboven bl. 3.

[2]) Zij geldt evenzeer bij andere onderwerpen. Zoo zullen de malitiae, het abuser d'un droit — waarvan op bl. 12 n. 1 sprake was — hoewel niet onrechtmatig, zeker onbehoorlijk zijn. Sourdat I, bl. 439, zoude zich eigenlijk de moeite hebben kunnen besparen daarover uit te weiden.

[3]) Zie hierboven bl. 68.

bevoordeeld; en de consequentie brengt dit dan ook mede; al blijkt die bevoordeeling eerst later, het is ongepast zich ten koste van anderen te verrijken. Ik herinner hier aan het voorbeeld van de matiging bij het strafbeding [1]; ik voeg daarbij intusschen de vraag, of daardoor niet in menig geval een onverdiende gunst zou worden betoond aan den debiteur. Hetzelfde geldt van de laesio enormis. Het canonieke recht eischte overeenstemming van waarde in de tegenover elkander staande prestaties bij een bilateraal contract. Zooals Pothier (Obl. n. 33) het weergeeft: L'équité doit régner dans les conventions; d'où il suit que, dans les contrats intéressés, dans lesquels l'un des contractans donne on fait quelque chose pour recevoir quelque autre chose, comme le prix de ce qu'il donne ou de ce qu'il fait, la lésion, que souffre l'un des contractans, quand même l'autre n'aurait recours à aucun artifice pour le tromper, est seule suffisante par elle-même pour rendre ces contrats vicieux. Car l'équité en fait de commerce consistant dans l'égalité, dès que cette égalité est blessée, et que l'un des contractans donne plus qu'il ne reçoit, le contrat est vicieux, parce qu'il pèche contre l'équité qui y doit régner. Nu wil ik erkennen, dat men zich in gemoede bezwaard moet rekenen over een belangrijk bij het contract behaald voordeel; maar toch meen ik, dat de wetgever het contract ook in dit geval terecht beschermt. In het algemeen pleiten daarvoor dezelfde redenen, waarom ik ook de wet geëerbiedigd wil zien; rechtszekerheid is noodig en de billijkheid stelt te strenge eischen, die bovendien in elk bijzonder geval niet zoo gemakkelijk te beoordeelen zijn als men het zich schijnt voor te stellen. Gesteld al dat de benadeelde reden heeft om te klagen, dan zal het hem verleende herstel aan de andere partij allicht niet alleen het voordeel ontnemen, maar ook nadeel berokkenen; zij heeft weder andere handelingen verricht, rekenende op de geldigheid der overeenkomst; de zaken

[1] Zie hierboven bl. 80 n. 1. — Van ouds ook is men geneigd tegen een drukkende overeenkomst art. 14 A. B. in te roepen; vgl. Molengraaff t. a. p. bl. 390.

zijn in het algemeen anders geworden dan zij waren bij het aangaan der overeenkomst [1]). Men wijst op den Engelschen regel van Equity, volgens welken eene overeenkomst kan worden nietig verklaard bij eene zoo belangrijke ongelijkheid, dat eene der partijen klaarblijkelijk door de andere partij was opgelicht of althans de beteekenis harer verbintenis niet had begrepen; dan is er echter misbruik gemaakt van de zwakheid van eene der partijen, en wij verkeeren daarbij in een meer bijzonder geval, dat overeenkomt met het bij de Duitsche woekerwet behandelde.

Van ieder mondig mensch kan verlangd worden, dat hij zijn in vrijheid gegeven woord gestand zal doen. Bij het maken der bedingen past het zeker niet alleen op eigen voordeel bedacht te zijn; met Pothier (n. 34) zeggen wij: toute lésion, quelle qu'elle soit, rend les contrats iniques; *le for intérieur* oblige à suppléer le juste prix [2]). Maar het recht heeft matigere eischen te stellen, reeds omdat van den gewonen mensch niet meer verwacht kan worden; het ware dwaasheid, rechtsregelen voor te schrijven, welker onuitvoerbaarheid duidelijk te voorzien is. Wij mogen het betreuren, maar bij het aangaan der overeenkomsten is de zelfzucht de groote drijver; de verplichting om den naaste te beminnen als zich zelven wordt ter zijde gesteld; men laat het aan dien naaste over om voor zich zelf te zorgen. Welnu ook dezen strijd van het onderlinge eigenbelang — evenals dien bij de concurrentie, bl. 100 — zal het recht moeten aanzien en eerst hebben in te grijpen, wanneer gezondigd wordt tegen bepaalde voorschriften, die de eerlijkheid van den strijd moeten verzekeren. Het feit alleen, dat eene der partijen bij den strijd overwonnen wordt, is geen voldoende grond om haar ter hulp te komen. Zelfs wanneer zij met eenige roekeloosheid

---

[1]) Dit bezwaar geldt ook tegen de lésion énorme, die in het Fransche recht op het voorbeeld van het Romeinsche erkend werd.

[2]) Zelfs is dit in zijne algemeenheid eenigszins onvoorzichtig gezegd; wij merkten het reeds op, dat de schadeloosstelling aan de andere partij weêr schade kan geven, wanneer de omstandigheden intusschen veranderd zijn.

zich gewaagd heeft, zij moet de slechte kansen dragen, zooals zij ook de voordeelen van de overwinning zou hebben aanvaard. Te ver zoude men m. i. dan ook gaan door de toepassing van den Grundsatz der Leistungsmöglichkeit oder Leistungsfähigkeit, in dien zin dat „strafbare woeker begint, waar de mogelijkheid, de bedongen praestaties op te brengen, eindigt" [1]). De schuldenaar zal zelf hebben na te gaan wat hij kan geven. Men denke hierbij ook aan het zoogen. Benificium competentiae [2]), dat Moltzer aan den huurder van landerijen zou wenschen toe te kennen. Het wil mij voorkomen dat de huurder, wanneer hij van de betaling verlangt ontslagen te zijn bij mislukking van den oogst of bij lage prijzen van de producten, bij voordeeligen oogst en hooge prijzen niet zou kunnen volstaan met de betaling der bedongen pachtsom; als pachter zal hij de nadeelen en de voordeelen zijner onderneming moeten aanvaarden; wil hij dat niet, dan moet hij een ander soort van overeenkomst aangaan, meer in de richting van maatschap. Daarbij komt weder het bezwaar, dat de zwakkere pachter, door als gegadigde op te treden, verwarring in de markt brengt; de eigenaar zal hoogere prijzen bedingen, maar met het gevaar dat zij niet zullen worden betaald; volkomen kan ik de meening deelen, dat de algemeene toestand in het belang van al de partijen gezonder zoude worden, wanneer de regel van artt. 1628 v. B. W. niet uitgebreid, maar opgeheven werd [3]).

---

[1]) Verg. Molengraaff t. a p. bl. 392. Caro's aldaar geciteerde omschrijving van woeker kan, en dan nog misschien, opgaan, als het betreft de geldigheid der verbintenis, maar zeker niet als het geldt den schuldeischer te straffen of hem schadevergoeding op te leggen.

[2]) In W. 6143 meende ik op de onjuistheid van dien term te moeten wijzen, omdat men allicht, het Romeinsche instituut goedkeurende, zich zou laten verleiden dit nieuwe instituut te accepteeren, ofschoon het op geheel andere gronden zou berusten en een geheel andere beteekenis zou hebben.

[3]) Die regel zou misschien minder slecht werken, als hij op allen werd toegepast en de pachtprijzen naar dat risico berekend werden. Maar wij weten, dat de sterkere pachter gewoonlijk niet vrijloopt.

Eerst dan, zeide ik, zal het recht hebben in te grijpen, wanneer bij het aangaan der overeenkomst gezondigd is tegen bepaalde voorschriften, die de eerlijkheid van den strijd moeten waarborgen. Tot die voorschriften behoort wel in de eerste plaats het verbod van bedrog of geweld; en bovendien is het een eisch van billijkheid, dat beide partijen werkelijk vrij waren, toen zij de overeenkomst aangingen, die haar „tot wet zal strekken". Met deze beginselen zijn de nieuwere woekerwetten in overeenstemming. Maar ik meen het te moeten prijzen, dat men getracht heeft de regelen te dien aanzien nader te bepalen [1]). Er ligt ongetwijfeld een groot gevaar in het streven om de zwakkeren te beschermen; tegen het misbruik maken van die zwakte [2]) komt zeker ons rechtsgevoel in opstand, maar het is wenschelijk zooveel mogelijk te preciseeren, wanneer misbruik bestaat. Daarbij zou zijn aan te geven, in welke gevallen wellicht ook zonder dergelijk misbruik, en dan ook zonder dat straf of schadevergoeding werd opgelegd, de overeenkomst krachteloos behoort te zijn.

Uit al het gezegde volgt intusschen, dat ik hier de ruime opvatting van art. 1401 niet zou wenschen toegepast te zien. Op menig punt beantwoordt ons contractenrecht niet aan de eischen der billijkheid, maar ik meen dat daar weder de wetgever het best de verbeteringen kan aanbrengen. Dat art. 1401, ruim opgevat, hier toch soms onvoldoende zou zijn, als ook behoort te worden gestraft, heb ik alleen aan te stippen.

Soms neemt de laakbare bejegening van den mede-contractant nog een bijzonder ernstigen vorm aan, doordien het als het ware een gewoonte-misdrijf is, althans het publiek daardoor wordt getroffen. In die lijn liggen de zwendelarijen van allerlei aard, van lager en van hooger soort. Ik noem een enkel voorbeeld: het emitteeren van waarden — of van stukken, die waarde heeten te hebben — aan het onkundige,

[1]) Ook door sommige van de meest gevaarlijke middelen van de woekerpraktijk met name te noemen, b.v. het vorderen van een eed of van het eerewoord, het doen teekenen van een wissel, enz.

[2]) Zie hierboven bl. 80 v.

maar op bekende namen vertrouwende publiek. Dat in zulke gevallen een civiele actie niet voldoende is, ligt voor de hand; maar ook die civiele actie zoude, vrees ik, weinig hulp geven, wanneer daartoe weêr die van het ruim opgevatte art. 1401 moest dienen. Ongetwijfeld, er is anders gehandeld dan in het maatschappelijk verkeer den eenen mensch tegenover den ander betaamt, en toch juist in de meest ergerlijke gevallen, waar de schelmerij op grootere schaal wordt gedreven en de slachtoffers tot de zeer zwakken behooren, zouden de daders allicht vrij loopen. Immers op dit punt geldt wat hierboven, o. a. op bl. 83 noot en bl. 102, ten aanzien van de geschäftliche Moral werd gezegd: zij staat op een vrij lagen trap. Op den onnoozele wordt in zulke zaken de regel toegepast:

Pigeon, il va subir le sort de tout pigeon,

en van oudsher beaamt het recht dit met het meedoogenlooze: Stultis non succurritur. Stellige bepalingen, met scherpe omschrijving der gevallen, zijn dus weder gewenscht; zoo bv. art. 335 Str. omtrent het plaatsen van schuldbrieven en aandeelen [1]).

De regel, dat schadevergoeding verschuldigd is, waar anders is gehandeld dan in het maatschappelijk verkeer den een tegenover den ander betaamt, zou ook toepasselijk kunnen zijn bij personen, die te zamen handelden tot het aangaan eener overeenkomst, wanneer echter die overeenkomst niet tot stand komt. Indien dan de een door de schuld van den ander schade lijdt, zou hij de vergoeding daarvan kunnen eischen. Door Diephuis [2]) wordt art. 1401 aangehaald in het geval van hem, die als lasthebber handelde zonder werkelijk last te hebben ontvangen; jegens den derde zoude hij dan eene onrechtmatige daad hebben gepleegd. Volgens onze wet is misschien eerder te denken aan eene verbintenis uit stil-

[1]) Wij kunnen natuurlijk de vraag laten rusten, of die bepaling voldoende is. Men vergelijke daarbij Mr. T. M. C. Asser in Tijdschrift voor Strafr. I, bl. 61 v.

[2]) XIII, bl. 87 en 89.

zwijgende overeenkomst [1]); maar mogen wij art. 1401 ruim opvatten, dan vindt het zeker ook hier zijne toepassing. In het algemeen zoude het moeilijke vraagstuk van de Culpa in contrahendo op die wijze eenvoudig zijn opgelost. Zoo acht Mr. v. Ittersum, bl. 208, bij herroeping eener eenzijdige belofte de vergoeding der daardoor toegebrachte schade billijk; eveneens (t. a. p. n. 2) wanneer eene overeenkomst op grond van dwaling wordt vernietigd of ten gevolge van misverstand niet is tot stand gekomen. Het wil mij echter voorkomen, dat ook hier weder eene wettelijke regeling der verschillende gevallen te verkiezen is boven den voorgestelden algemeenen regel. Omtrent al deze punten zijn de meeningen zoozeer verdeeld, dat de rechter veelal niet zal weten, hoe hij naar de sociale moraal heeft te beslissen [2]).

Wij willen nog een geval bespreken, waarbij door personen, die te zamen handelen, de regelen van betamelijkheid in het maatschappelijk verkeer behooren te worden gevolgd. Het geldt hier echter personen, die vijandig tegenover elkander staan, die misschien zelfs in openlijken strijd verkee-

---

[1]) Zie ook mijne Verklaring van het B. W. III, 2, bl. 298 v.

[2]) Dat b.v. art. 1489 hem, die gedwaald heeft, aanspraak toekent op schadevergoeding, acht ik niet alleen „*ligt* eene schreeuwende onrechtvaardigheid" (Diephuis II, bl. 75 v., van Ittersum t. a. p.), maar in het algemeen geheel onjuist. Die gelijkstelling van dwaling met bedrog en geweld is toch zeer vreemd; „indien daartoe gronden zijn" zal dan ook bij dwaling moeilijk kunnen voorkomen. Ik zou trouwens bij de zoogen. dwaling liever willen denken aan een niet-verwezenlijkt voorbehoud; zie mijne Verklaring van het B. W. III, 1, bl. 176 v. en 412 v.

Unger, Handeln auf eig. Gefahr bl. 30 v., meent wel het recht te moeten erkennen om op grond van dwaling de verklaring te doen vernietigen, maar wil dan de verplichting tot schadevergoeding opleggen ten behoeve van hem, die op die verklaring had vertrouwd; Haftung nicht *aus*, sondern *wegen* der Erklärung. Het ligt in zijn stelsel, dat hij die Haftung aanneemt ook als er geen culpa was. Hij brengt dat in verband met de absolute aansprakelijkheid, die zou bestaan bij het verkeerd overgekomen bericht, b.v. bij telegrammen. Eenstemmigheid evenwel heerscht hier zeker allerminst.

ren; het ruim opgevatte art. 1401 zou toepasselijk zijn, wanneer de regelen van betamelijkheid waren overschreden bij de procedure.

Laurent n. 410 v. roept hier weder het beginsel in, dat niemand mag misbruik maken van zijn rechten [1]); nu de wetgever geen nadere bepaling gemaakt heeft omtrent het temere litigare [2]), nu geldt de algemeene regel van art. 1382 C. c. Hij neemt dit aan ook bij culpa; met alle recht komt hij op tegen de redeneering, dat art. 130 Pr. (art. 56 Rv.), den verliezer de verplichting opleggende om de proceskosten te betalen, hem zou vrijstellen van de verplichting tot schadevergoeding; met die redeneering zou trouwens ook bij kwade trouw het recht op vergoeding moeten vervallen. Maar juist nu ik met hem die onderscheiding tusschen dolus en culpa ongeoorloofd acht, vrees ik dat die regel ook hier weder te veel practische bezwaren moet geven; hij is te streng, en wanneer al menigmaal de rechter hem zou durven toepassen, dan ware de regel te onvast, te weinig bepaald. Dat er verschil van meening bestaat, bleek niet lang geleden bij de beraadslagingen over art. 1 der Faillissementswet; aangaande het gevaar voor failliet verklaring van niet-kooplieden merkte de minister in de tweede kamer op [3]), dat de aanvrager de kwade kans loopt, als die faillietverklaring b.v. bij afwezigheid van den schuldenaar is uitgesproken, op het bewijs dat dit ten onrechte is geschied tot vergoeding van kosten, schaden en interessen gehouden te zijn; bij tal van rechterlijke uitspraken zou in dien zin zijn beslist. In denzelfden geest sprak de heer de Kanter [4]), die daarbij wees op de analogie met executie bij voorraad [5]); anders echter de heeren

---

[1]) Zie hierboven bl. 12. — Agir en justice, soit en demandant, soit en défendant, est sans doute un droit sacré, etc.

[2]) Anders o. a. eene Ordonnance van Frans I (1539).

[3]) Bij zijne rede van 19 April 1893. Zie Mr. v. d. Feltz, Gesch. van de Wet op het Faill. bl. 78.

[4]) V. d. Feltz, bl. 83.

[5]) Het Hof van Amsterdam had nog kort te voren (20 Jan. 1893, W. 6306) beslist, dat eene ontruiming krachtens uitvoerbaarheid bij

Karnebeek [1]) en van Houten [2]). In de eerste kamer meende weder de heer Pijnappel [3]), dat de aanvrager wèl, de heer Lohman [4]), dat hij niet tot schadevergoeding was gehouden. Daargelaten hoe men deze vraag zou hebben te beantwoorden bij eene beperkte opvatting van het begrip „onrechtmatige daad" [5]), meen ik in deze discussie eene aanwijzing te mogen zien dat, als de vrijere opvatting was toegelaten, menig rechter al te licht geneigd zou zijn den eischer tot schadevergoeding te veroordeelen, en dat althans de rechtspraak eene op dat

voorraad eene onrechtmatige daad oplevert, als later het vonnis is vernietigd. De rechtbank had op 31 Maart 1892 (W. 6215) anders geoordeeld, omdat „bij 't opvolgen van eene rechterlijke machtiging wel nimmer van onrecht in den zin der wet sprake kan zijn".

[1]) V. d. Feltz, bl. 87.

[2]) V. d. Feltz; bl. 91. Zie verder den minister op dienzelfden dag (v. d. Feltz bl. 105 en 106), en den volgenden dag den heer van Houten (v. d. Feltz, bl. 123).

[3]) V. d. Feltz, bl. 195.

[4]) V. d. Feltz, bl. 200.

[5]) Het komt mij voor, dat er eenig misverstand bestond tusschen de verschillende sprekers. Van die kwade kans voor den aanvrager, als later de faillietverklaring ten onrechte bleek te zijn uitgesproken, zal toch wel geen sprake zijn, tenzij hem eenige schuld aan die uitspraak te wijten is, b.v. door opgave van onware feiten. Maar ook dan zal men moeilijk algemeen kunnen stellen, dat de aanvrager tot schadevergoeding gehouden is, als bij een later vonnis de aanvankelijk uitgesproken faillietverklaring vernietigd wordt. Het schijnt dat ook de heer van Houten wel zoover zou willen gaan, als hij spreekt van het geven van beschikkingen „periculo petentis"; hij komt daarmede in de lijn van den heer de Kanter, die dit geval vergeleek met dat van voorloopige tenuitvoerlegging. Maar niet alleen dat artt. 52, 53 en 315 Rv. het duidelijk genoeg te kennen geven, het is ook volkomen billijk dat men de schade heeft te dragen, veroorzaakt door een executie, die men verlangt door te zetten, ofschoon de zaak blijkt nog geenszins te zijn uitgemaakt. Ook hier is toepasselijk wat Unger, Handeln auf eigene Gefahr bl. 115 v., zegt ten aanzien van het conservatoir arrest: de abnormiteit en gevaarlijkheid der verlangde hulp is een grond voor verhoogde verantwoordelijkheid. Bij een aanvrage van faillissement wordt echter niet zoo iets buitengewoons verlangd; ook is het niet des aanvragers schuld, als de schuldenaar niet is verschenen.

punt zeker zeer bedenkelijke onvastheid zoude vertoonen.

Ik zoude op dit punt weder nadere wettelijke regeling wenschen. Wellicht zouden zelfs strafbepalingen niet ongepast zijn tegen het misbruik maken van de rechtsmiddelen, die de wetgever aanbiedt. De voorbeelden liggen voor het grijpen. Denken wij b.v. aan het geval van art. 124 B. W.; uit plaagzucht of uit wangunst stuit iemand een huwelijk, en hij loopt vrij met de betaling, of met de condemnatie tot betaling, van eenig geld. Eveneens bij eene aanvrage om curateele, ofschoon zij misschien enkel dient om een huwelijk tegen te gaan of andere plannen te belemmeren. Iemand erkent een natuurlijk kind, volkomen bewust daarvan niet de vader te zijn, met het doel om daarmeê voordeel te behalen; men kan tegen die erkenning opkomen, maar dan is eenvoudig de toeleg mislukt; zelfs de veroorzaakte kosten zijn misschien niet op hem te verhalen. Wil men zulke gevallen eenigszins gezocht noemen, dan zijn er toch zeker, waarop die naam niet past; een actie wordt willens en wetens zonder grond ingesteld, een betaling wordt geweigerd en tegen de ingestelde vordering een hardnekkige verdediging gevoerd, eenvoudig om de tegenpartij te plagen of met de berekening dat zij geen moed, misschien geen kracht heeft om den Kampf um's Recht naar behooren te voeren. Het temere ligitare behoort gestraft te kunnen worden. Natuurlijk wensch ik niet onze oude procesboeten, die reeds verschuldigd waren op den enkelen grond dat men in het ongelijk werd gesteld. Evenmin zoude ik het gepast achten, reeds bij alle culpa een straf op te leggen; zelfs de verplichting tot schadevergoeding zou ik in dat geval bedenkelijk achten. Maar bij opzet, bij calumnia, is aan de gerechtigheid niet voldaan door een uitspraak over den gedanen eisch, wanneer de in het ongelijk gestelde niet tevens een gevoelige terechtwijzing ondergaat. Ik meen, dat ook hier de poena publica in het algemeen de voorkeur verdient boven de poena privata [1]).

---

[1]) Unger, Handeln auf eigene Gefahr, bl. 104 v. zou bij calumnia eene geldboete wenschen ten behoeve van de tegenpartij, cf. l. 5 pr.

Ook jegens personen, met wie men in geenerlei verdere betrekking staat dan dat ook zij leden zijn van de maatschappij, heeft men in zijne gedragingen zekere regelen van betamelijkheid te volgen, en ook daarbij zoude dus de bepaling van art. 1401 in hare ruime opvatting toepasselijk zijn. Doch ook daarbij acht ik het gewenscht, dat de wetgever die regelen nader omschrijft.

Met een enkel geval uit deze categorie wil ik de op bl. 88 begonnen reeks besluiten. Een bewaarnemer is verplicht het in bewaring genomen goed aan den bewaargever terug te geven; of deze eigenaar is, doet in het algemeen niets af aan de verplichting, die de overeenkomst voor den bewaarnemer medebrengt. Hoe echter, indien het hem blijkt dat het goed aan een derde toebehoort? Tryphoninus (in l. 31 § 1 D. 16. 3) antwoordde, dat wel de goede trouw tusschen de partijen de teruggave aan den bewaargever vorderde, maar dat de billijkheid betracht moet worden jegens allen, die in de zaak betrokken zijn; tot de praecepta juris behoort immers ook het suum cuique tribuere. Wat den bewaarnemer dan te doen staat, wordt intusschen niet uitgewerkt; Tryphoninus zegt alleen dat, als nu de eigenaar niet opkomt, de zaak aan den bewaargever wordt afgegeven. Pothier (Dépôt n. 51) preciseert de verplichting van den bewaarnemer nader: hij moet den eigenaar kennis geven van het geval, en dan een actie afwachten. Het is misschien niet duidelijk, of Pothier hier denkt aan eene eigenlijke verbintenis, of aan een zedelijke verplichting; hij spreekt van eene obligation de la loi naturelle, en wij weten dat hij deze in het algemeen slechts laat gelden dans le for intérieur. Thans echter is het een voor-

---

C. 7. 51. Schadevergoeding op te leggen b.v. voor verlies van tijd en moeite, acht hij te streng, ofschoon erkennende dat velen er anders over denken. De proceskosten echter wil hij altijd voor rekening van den verliezer brengen. „Wer die Prozeszmachine in Bewegung setzt oder hält, handelt auf eigene Gefahr". Anders denkt hierover Faure II, bl. 238; het is billijk dat beide partijen de kosten dragen, noodzakelijk tot opheffing van een onzekeren rechtstoestand, waarin beiden verkeeren.

schrift van de wet (art. 1757 B. W., art. 1938 C. c.); een kennisgeving wordt bevolen, „met aanzegging om hetzelve binnen eenen bepaalden en genoegzamen tijd op te eischen" [1]). Zonder veel bezwaar had deze bepaling kunnen zijn achterwege gelaten [2]). Ik meende haar echter te mogen aanhalen als een voorbeeld van de moeilijkheden, waartoe de ruime opvatting van art. 1401 kan aanleiding geven, wanneer het geldt onze gedragingen jegens medeburgers, die ons volkomen vreemd zijn. In ernstige gevallen zal gewoonlijk wel het een of ander rechtsmiddel den benadeelde ten dienste staan, maar neemt men aan dat de derde kan klagen, zoodra met opzet of zelfs door nalatigheid zijne belangen zijn verwaarloosd, dan komt men tot groote strengheid, terwijl het bovendien in de meeste gevallen zeer moeilijk te zeggen is of men werkelijk in zijne verplichtingen jegens zijn evenmensch is te kort geschoten [3]). Ik beweer niet, dat die verplichtingen niet door het recht moeten worden erkend; maar ik meen dat dit behoort te geschieden door stellige en behoorlijk omschrevene bepalingen.

De nadere beschouwing van de verschillende gevallen versterkt mij in de meening, dat de ruime opvatting van art. 1401 niet zooveel heil kan brengen als velen er van verwachten.

---

[1]) Zie ook de aanteekening van Opzoomer X. bl. 98 v., op art. 1757.

[2]) Men heeft zich bovendien bepaald tot het door Tryphoninus genoemde geval van diefstal; waarom niet eveneens bij een verlorene zaak? En waarom niet ook als de derde niet de actie van art. 2014*b* kan instellen, maar b.v. aan den deponens de zaak in bewaring had gegeven? Stel nu dat die deponens overleden is en in den boedel geen aanwijzing gevonden wordt van zijne bewaargeving; dan behoort zeker de bewaarnemer zich bij den derde aan te melden.

[3]) Ik wijs hierbij nog op het geval, dat ik weiger een wissel te accepteeren, omdat ik twijfel aan de echtheid. Ben ik aansprakelijk voor de schade, die derden kunnen lijden, indien ik mijn twijfel niet heb te kennen gegeven?

Eveneens mag men hier denken aan hulpverzuim, en in verband daarmede aan de nalatigheid in het waarschuwen voor gevaren; zie hierboven bl. 16 v. de meeningen van van der Does de Bije en Belinfante.

Ik zie daarin het gevaar van te groote strengheid en van te groote onzekerheid; en bovendien acht ik dien voorgestelden regel onvoldoende; zie hierboven bl. 67 v. Wel kan ook mij art. 1401 niet bevredigen, wanneer wij het nemen in den meer beperkten zin, die er m. i. vooral blijkens de geschiedenis aan moet worden toegekend; maar ik zoude de verbetering wenschen aangebracht te zien door aanvulling van de wet. Op den algemeenen regël, dat ieder verplicht is tot vergoeding der schade, door zijne onrechtmatige daad aan een ander toegebracht, laat onze wetgever eenige bijzondere bepalingen volgen voor enkele gevallen van onrechtmatige handelingen. Dien weg heeft hij verder te volgen, en daarbij rekening houdende met de bijzondere beteekenis van de verschillende te regelen gevallen. Op dit gebied is er nog veel, dat regeling vordert, zooveel zelfs dat het voleindigen van dien arbeid alleen in een verre toekomst denkbaar is [1]). Reden om ons te ontmoedigen is daarin niet gelegen; wij grijpen aan wat onze hand vindt te doen, ons verheugende ook over bescheidene winsten, al blijft er nog ontegenzeggelijk veel te wenschen over. Zeker, het „faire grand" heeft iets verleidelijks, maar het blijkt veelal bedriegelijk te zijn; op een zorgvuldig aangelegden grondslag zal wellicht eenmaal een stouter werk kunnen worden opgetrokken dan ons thans wordt aangeboden. Niet alleen in de richting van art. 1401 is bovendien de verbetering te zoeken; ook dit, meen ik, werd ons duidelijker bij het nagaan van de bijzondere gevallen. Ter bestrijding van allerlei ongerechtigheid, in de lijn vallende van schade door onrechtmatige daad, wordt mede de hulp van het strafrecht vereischt. Bovendien, waar eene civiele actie voldoende kan zijn, zelfs misschien eene actie tot een geldelijke uitkeering, is niet altijd die van art. 1401 de meest gepaste. Enkele opmerkingen te dien aanzien wil ik mij nog veroorloven.

---

[1]) Veel opwekkelijks is hier weder te vinden in de bepalingen van het Duitsche Ontw. van een Burg. Wetboek omtrent Unerlaubte Handlungen, en het daaromtrent verhandelde.

Veel is er in onze maatschappelijke inrichting te verbeteren, en in verband daarmede is ons privaatrecht op menig punt onvoldoende. Allerlei misstanden treden aan het licht, en meer en meer dringt zich in onze tijden de overtuiging op, dat zij niet met geduldige berusting kunnen worden gedragen, dat grondige hervormingen noodig zijn. Er zijn zelfs onstuimigen, die meenen dat die hervormingen nooit bevredigend kunnen zijn; er zijn ook vreesachtigen, die in alles wat voor hen nieuw is een waagstuk zien; de ervaring van eeuwen her wordt daarbij echter uit het oog verloren.

Zeker, de tijdstroom vloeit niet kalm en rustig voort; in woelige beroering voelen wij ons meêgesleept, en weten niet waarheen wij gevoerd zullen worden. Moeten wij echter toegeven aan de beangstiging, die sommigen dreigt aan te grijpen, aan de vrees (of den wensch), dat een overweldigende maalstroom al het bestaande zal verzwelgen, en alleen de hoop behouden dat wellicht na de verschrikkingen van den naderenden ondergang een nieuwe, schoonere toestand zal worden geboren? Zoo donker kan ik de zaken niet inzien. Ik wil eerder denken aan een stroomversnelling, waarin wij ons bevinden, die het sommigen moeilijk kan maken de kalme bezinning te bewaren, maar die, wanneer men later daarop zal terugzien, geenszins dien vervaarlijken aanblik zal vertoonen, waardoor wij, tijdgenooten, soms worden verontrust. Er moet evenwel gehandeld worden, en overgroot zijn de moeilijkheden niet. Daarbij moet echter de schoolsche

vasthoudendheid worden afgelegd, waarmede maar al te dikwijls de ontwikkeling van het recht belemmerd is geworden; dwaasheid ware het, de waarde te miskennen van 't geen vroegere geslachten ons hebben overgeleverd, maar wij moeten hun werk voortzetten, met inspanning van al onze krachten. Geen zegen kan ook rusten op dien arbeid, wanneer wij niet bezield zijn door een geest van gerechtigheid, die aan ieder geeft wat hem werkelijk toekomt, en die daarbij waar het noodig is het individualisme, dat ook in onze maatschappij den boventoon blijft voeren, weet te temperen. Ik zie in de beweging ter zake van art. 1401 in dit opzicht een gunstig teeken, al kan ik niet aannemen dat met de voorgestelde leer zooveel zou gewonnen worden als men pleegt aan te nemen.

Terecht laat men de grieven tegen ons onvoldoende privaatrecht luid klinken. Niet alleen is het verklaarbaar dat, wat eenmaal voor ons aan de orde is, ons ook geheel vervult, maar bovendien, slechts door zijne stem hoog te verheffen kan men de algemeene aandacht vestigen op dit hoogstgewichtige punt. Intusschen hebben wij niet te vergeten dat — al zijn er zeker nieuwe toestanden geboren, die allerlei verwikkeling medebrengen — zelfzucht, onverschilligheid, bekrompenheid en welke andere bronnen nog genoemd zouden kunnen worden van de bestaande ellenden, menschelijke zwakheden zijn, waartegen niet eerst het slot der 19e eeuw den strijd heeft aangebonden. Ook de beginselen, die ons hierbij hebben te doordringen, men moge daarbij spreken van het verhevene gebod van menschenliefde, van gemeenschapsgevoel, van verwezenlijking der gerechtigheidsidee, zij zijn waarlijk niet nieuw. Zelfs in het Romeinsche recht, te veel miskend ook in dit opzicht [1]), vinden wij, steeds zich uitbrei-

---

[1]) Het is zeker niet de schuld van het Romeinsche recht, maar alleen van de Romanisten — en mogen wij er niet bijvoegen: van die van vroegere tijden? — wanneer het wordt opgevat als versteend in het Corpus juris. Juist van de Romeinen kunnen wij het leeren, hoe het recht moet leven om zich aan te passen aan de steeds zich ontwikkelende maatschappij. Maar dan denke men ook niet bepaald aan dat Corpus juris, maar aan den geheelen historischen bouw van hun

dende, niet alleen een warm gevoel voor de belangen der gemeenschap, maar ook een ernstig streven om de zwakkeren en misdeelden te beschermen; soms zelfs — en ook hierin blijkt zich de geschiedenis te herhalen — in verband met politieke overwegingen. Wij beleven thans misschien een tijdperk van meer levendige beweging, maar zulke tijden zijn er dan toch meer geweest. En evenmin mogen wij ons vleien, dat juist onze tijd zoozeer gezegend zal zijn dat hij de oplossing van al de groote vraagstukken zal geven, en zeker niet dat hij dit met het stellen van enkele regelen zal kunnen doen. Maar de omstandigheden zijn ons in zooverre gunstig, dat de oogen en de harten meer geopend worden. Wij zijn minder geneigd tot onvruchtbare overpeinzingen over een jus naturale, waarvan het menschdom oorspronkelijk zou zijn uitgegaan, dan tot een ijverig streven naar een natuurlijk recht, een heerschappij van rede en gerechtigheid, die naar wij vertrouwen vóór ons gelegen is. Intusschen onder dat natuurlijke recht blijkt dan de een te verstaan wat hij meent naar eigen inzicht te mogen wenschen — ongeveer in den geest, waarin sommige volken van hunne natuurlijke grenzen spreken —, een ander wat hem de vergelijking leert met het recht van verschillende volken en verschillende tijden, wêer anderen wat zij als recht zien aangewezen door hoogere ingeving, door het geweten of door de Kerk; en het valt niet te ontkennen dat, hoe ook opgevat, dat natuurrecht wel met groote zekerheid zijn beslissingen pleegt te geven, maar toch niet altijd bij machte is allen van de deugdelijkheid dier beslissingen ten volle te overtuigen. Over de beginselen is men eenstemmig, maar bij de uitvoering moeten wel de meeningen uiteenloopen; de zaken blijken veelal ingewikkelder te zijn dan zij worden voorgesteld, en het verwijt van onverschilligheid en onwil, zoo spoedig uitgesproken tegen ieder die minder mêegaande is dan verlangd wordt, is waarlijk niet algemeen verdiend. Een der grootste bezwaren, waarop wij stuiten,

---

recht. Mocht slechts de geest hunner groote mannen ons bezielen, wij zouden thans waarschijnlijk minder hulpeloos staan.

en dat zich wel altijd zal hebben voorgedaan, zooals het zich ook wel altijd zal blijven voordoen, is dit, dat het vrij gemakkelijk is voor allerlei personen rechten te poneeren, maar veel moeilijker de daarmede noodzakelijk samenhangende verplichtingen vast te stellen. Ik voor mij althans moet verklaren, dat mijn rechtsgevoel bij menige uitspraak omtrent de eischen der gerechtigheid juist op dit punt onbevredigd blijft; ook bij de verbintenis uit onrechtmatige daad wordt aan de vraag, of de dader werkelijk verplicht mag heeten, allicht weinig aandacht geschonken [1]).

De laatste opmerking voert mij meer in het bijzonder terug naar de rechtsvorming in socialen geest [2]). Hare noodzakelijkheid beaam ik ten volle, al wil ik daarbij de verklaring voegen, dat evenmin als het woord Socialisme het woord Individualisme voor mij een onaangenamen klank heeft, en dat ik zeker noch in het inroepen noch in het tegenwerpen dier titels een argument kan vinden. Doch die problemen moeten in hun geheel worden beschouwd; dat het niet alleen onbillijk, maar ook onjuist is de bedachtzaamheid eenvoudig te qualificeeren als bekrompenheid en harteloosheid, is even duidelijk als dat den meer vooruitstrevende als zoodanig niet weer andere gebreken behooren te worden aangewreven. Ook meen ik dat de „verteedering des harten", die zich meer en meer openbaart, evenmin op het gebied des rechts als op dat der staathuishoudkunde een reden is om met de oude waarheden geheel te breken; men moge, als bij alle menschelijke zaken, aan hare volmaaktheid kunnen twijfelen, men heeft toch eenige zekerheid over hare betrekkelijke waarde en over de verbeteringen, die zouden moeten worden aangebracht. Het kan noodig zijn geheel nieuwe paden in te slaan, doch daarbij is dubbele omzichtigheid vereischt; en vooral daarbij hebben wij ons te wachten voor de eenzijdigheid, waartoe

[1]) Zie hieronder bl. 157v. bij de bespreking van de leer over aansprakelijkheid voor schade buiten schuld, ook in verband met verscheidene vreemde wetgevingen.

[2]) Zie hierboven bl. 63 v.

onze sympathieën en soms ook onze antipathieën ons zouden kunnen verleiden [1]).

Zeker, er bestaat in onze maatschappij een stuitende ongelijkheid; beschamend is het, om tot dat ééne gewichtige punt ons te bepalen, dat zoovelen verstoken zijn van die stoffelijke goederen, welke voor een werkelijk menschwaardig bestaan vereischt zijn, dat de gemeenschapszin der beter bedeelden niet algemeen genoeg ontwikkeld blijkt te zijn om vrijwillig de offers te brengen, waardoor dergelijke misstanden zouden worden weggenomen. Zoo ergens, dan worden wij hier overtuigd van de droevige waarheid, dat het zedelijkheidspeil der meerderheid niet hoog staat [2]). Naast eene naar het mij wil voorkomen vrij overbodige aansporing aan ieder om voor zijn rechten te strijden, ware ook de opwekking gepast voor ieder, van welke klasse ook, om zijn plicht te doen, om zijn krachten ten beste te geven voor de gemeenschap, en om slechts eene bescheidene plaats in te nemen aan het zoogen. gastmaal des levens, dat stellig niet ruim genoeg voorzien is om toe te reiken voor de begeerten van allen, die wenschen aan te zitten. Nu dan het plichtbesef niet krachtig genoeg is om de noodige regeling te geven, nu is het de taak van het recht om in te grijpen. Doch hier stuiten wij dan weer op de moeilijkheid, waarop ik meende te moeten wijzen. Rechten moeten worden erkend, maar daartoe moeten rechtsverplichtingen worden opgelegd; hoe ver zullen die rechten gaan, en wie zal men met de verplichtingen belasten? Billijkheid moet betracht worden jegens allen, en in de eerste plaats tegenover de zwakken; de bestaande orde van zaken, die op dat punt ongetwijfeld te kort schiet, is niet reeds door dat bestaan zelf gerechtvaardigd; niet ongepast is de opmerking, dat men althans van de misdeelden evenmin berusting daarin kan verlangen als van de volkeren van Africa, dat zij zich zullen neêrleggen bij de verdeeling van hun werelddeel onder eenige Europeesche mogendheden.

---

[1]) Zie hierboven bl. 84.

[2]) Zie hierboven bl. 71.

De zoogenaamde sociale wetgeving *is* aan de orde, zeker ten gevolge van een levendiger zin voor gerechtigheid, al kan hij soms met andere overwegingen gemengd zijn. Men gevoelt het, ons privaatrecht is te dienstvaardig voor de sterken, de wetgever geeft te veel dogmatische geleerdheid en hij berust in allerlei ongerechtigheid, die zich steeds duidelijker openbaart. De „behoeften en wenschen der werklieden" in het bijzonder mogen niet worden verwaarloosd [1]). Ik waag het echter te vragen, zijn het bij uitnemendheid die werklieden — om dat eenmaal geijkte, hoewel minder juiste woord te blijven gebruiken — waarover het recht zijn zorgen heeft uit te strekken? Moeten den wetgever niet al de leden der maatschappij evenzeer ter harte gaan? Volkomen te billijken is het, dat in de eerste plaats gedacht wordt aan hen, die te lang verwaarloosd zijn; maar om werkelijk „sociaal" te mogen heeten, moet de regeling voor de maatschappij in haar geheel billijk en rechtmatig zijn. Elk lid, elke groep heeft hare eigene wenschen, absoluut wellicht volkomen billijk, maar daarom nog niet uit een relatief oogpunt. Ieder vormt zich zijn eigene wereldbeschouwing (als dat woord niet te gewichtig is), maar, niet verder ziende dan zijn eigen beperkt horizontje, is hij blind voor het feit dat de wereld groot is en vol van allerlei belangen. Eigen belangen en bezwaren ziet hij voor bergen aan; de wellicht even groote van dengene, dien men, let wel, den naaste pleegt te noemen, maar die meestal zoover verwijderd is, schijnen hem, uit een afstand beschouwd, luttele kleinigheden toe. Aan den wetgever de moeielijke taak alles op zijn werkelijke waarde te schatten; en aan de juristen om bij hunne studiën — hetzij men daarbij het woord Sociologie op den voorgrond wil stellen of niet — de moeilijkheden in haar geheel en van alle kanten te beschouwen. Kortzichtigheid alleen zou kunnen volhouden, dat er niet velerlei reden tot klagen bestaat, maar van kortzichtigheid getuigt ook dikwijls de wijze, waarop men voorstelt de kwalen te genezen.

Wij zijn het er allen over eens, wij moeten streven naar

---

[1]) Zie hierboven bl. 64 noot.

krachtiger rechtsvorming, ook in zoogen. socialen geest. Ieder zal het beamen, staatkundige gelijkheid moge bereikt zijn, van economische gelijkheid zijn wij nog al te ver verwijderd, en juist onze tijden brengen weder nieuwe oorzaken voor allerlei misstanden mede. Doch niet allen achten het aanbrengen der hoogstnoodige verbeteringen even gemakkelijk, den weg, die tot het doel zal voeren, even kort en effen. Terwijl ook sommigen zich veel goeds voorstellen van het banen van een geheel nieuwen weg, meenen anderen verstandiger te doen door de bestaande paden te blijven volgen, voorzoover hun betrouwbaarheid gebleken is; het verwijt van orthodoxie kan hen koud laten, nu zij immers volkomen bereid zijn een andere richting in te slaan, wanneer met eenigen grond wordt aangetoond dat deze beter tot het gewenschte doel zal leiden. Weinig doet het ter zake, of men hier van sociologie of van rechtsgeleerdheid wil spreken; in elk geval men zal de vraagstukken hebben uit te werken. Men kan niet verwachten dat wij aan de nieuwe plannen meer zullen gelooven dan aan de oude opvattingen, nu wij zoo dikwijls moeten ervaren dat de hervormers, waar zij eenmaal het beheer in handen hebben, daarin niet gelukkiger zijn dan hunne voorgangers; de moedige geestdrift telt de bezwaren licht, maar daarmede is de overwinning nog niet verzekerd. Men zal het ons dus ten goede houden, wanneer wij de plannen aan een nauwkeurig onderzoek onderworpen willen zien. Bepaaldelijk wil ik er weder op wijzen, dat men hier niet kan volstaan met het aanwijzen der rechten, maar dat evenzeer de verplichtingen moeten worden vastgesteld; en ongelukkig valt dit veelal moeilijk; niet alleen de wil, maar zelfs de macht om de noodige offers te brengen blijkt geringer te zijn dan velen verwachtten.

Banale waarheden, zal men zeggen; allicht zal men ook meenen dat zij als dilatoire exceptie bedoeld zijn. Ik meen echter, dat er hier te veel op het spel staat om ondoordacht te handelen. Handelen zeker is noodig. Al zal misschien het ideaal eerst in de verre toekomst te bereiken zijn — waarin het recht, zooals wij het verstaan, .overbodig zal zijn gewor-

den — wij zullen met moed verder gaan, ook al weten wij dat de weg lang en moeilijk is. Wij staan hier voor een terrein, dat maar al te weinig bekend is, a darkest land, met stroomen en gebergten, met woestijnen en vruchtbare streken, die ons nog versluierd zijn. Enkele punten en lijnen beginnen zich eenigszins af te teekenen; zoo bv. de regeling van het looncontract en de verhouding van de eigenlijke „werklieden" tegenover den werkgever. Maar hoeveel blijft niet volslagen terra incognita! Men maakt voor den werklooze aanspraak op een recht op arbeid, men wil een recht op het product van den arbeid erkend zien, men wil ook een recht op onderhoud in de verschillende omstandigheden, die het arbeiden beletten. Men pleegt intusschen geen nadere verklaring te geven noch over het karakter dier rechten, bv. of zij ook subjectief of enkel objectief gedacht moeten worden, noch over haar omvang. Bij het recht op arbeid troost men zich allicht met de gedachte, dat de staat altijd nog wel nuttige werken kan ondernemen [1]), maar de uitvoering schijnt toch moeilijk te zijn. De arbeid moet „ausreichend lohnend" zijn [2]), maar ten aanzien van de bepaaldheid laat dit nog te wenschen over. Hetzelfde geldt van het recht op onderhoud; al willen wij aannemen dat „die Ansprüche aller Staatsbürger auf Befriedigung ihrer Existenzbedürfnisse in diesem Falle gleichsam als eine Hypothek zu betrachten sind, welche auf dem Nationaleinkommen ruht, und die berichtigt werden muss, bevor einzelnen begünstigten Personen ein arbeitsloses Einkommen gewährt werden kann" [3]), dat brengt ons niet veel

[1]) Wij denken hier aan de zoo dikwijls aangehaalde redevoering van Bismarck in den Duitschen Rijksdag op 9 Mei 1884, bij het debat over de verlenging der socialistenwet. Trouwens „hat Fürst Bismarck nichts weiter zur Umsetzung dieses von ihm so warm vertretenen Rechtsgrundsatzes von der Theorie in die Praxis unternommen" (Das Recht auf Arbeit, von Dr. R. Singer, Jena 1895, bl. 66).

[2]) Verg. het besluit van het sociaaldemocratische congres te Olten in 1891 en het daarop gevolgde referendum in 1894.

[3]) Dr. A. Menger, das Recht auf den vollen Arbeitsertrag, Stuttgart 1891 bl. 10. Het karakter van dat Recht auf Existenz wordt ons intusschen niet duidelijker gemaakt.

verder, zoolang niet eenigszins nader wordt aangewezen, hoever men die Existenzbedürfnisse zal trekken; en daarbij is het natuurlijk niet voldoende met gulle edelmoedigheid een hoen in de pot toe te wenschen of bij meer ernstige vertoogen eischen te stellen van den meest onderscheiden aard, wanneer niet tevens de wijze van uitvoering wordt aangegeven. Op het verlammende: Het kan niet, van onwilligen en moedeloozen, antwoordt men met een krachtig: Het moet; doch daarmede is nog niet uitgemaakt, dat het wèl kan. Toch moet deze vraag worden opgeworpen, wil men niet door te hooge verwachtingen op te wekken, bittere teleurstelling en nieuwe sociale ellende doen ontstaan.

Het is zeker schoon, de geestdrift te doen ontgloeien tot het heerlijke werk, den evenmensch te verlossen uit zijn droevige ellende; maar welberaamde plannen alleen kunnen de groote onderneming doen slagen. Ik meen te moeten vreezen, dat dit bezwaar te licht wordt geteld, bepaaldelijk dat men bij het vaststellen der rechten te veel het vraagstuk van de verplichtingen verwaarloost. Die rechten moeten worden uitgebreid, en zij kunnen ook waarschijnlijk worden uitgebreid, doch altijd in verband met eene uitbreiding van verplichtingen; en ik meen dat men het voldoen aan die verplichtingen te gemakkelijk acht, zoowel wanneer zij direkt aan een bepaald persoon kunnen worden opgelegd, als wanneer het een taak der gemeenschap is, die deze weder op hare leden heeft over te dragen. Vergis ik mij in die opvatting, ik zal er mij van harte over verheugen; door eenig meer licht op dat punt te geven zal men waarschijnlijk met mij velen kunnen overtuigen, wier halsstarrigheid zooveel ergernis geeft.

De regel van art. 1401 heeft bij de gewenschte rechtsvorming eene gewichtige rol te vervullen. Het verbintenissenrecht vertoont op het stuk van de onrechtmatige daad eene treurige onvolledigheid, die zich ook practisch op hinderlijke wijze laat gevoelen. Geen wonder dus, dat men in de eerste plaats op dat punt verbetering wenscht aan te brengen. Intusschen — reeds op bl. 1 gaf ik het te kennen — ik vrees

dat daarbij allicht weder te weinig aandacht wordt geschonken aan het vraagstuk der verplichtingen. Er is een volkomen gerechtvaardigd verlangen om aan den regel van art. 1401 meer kracht bij te zetten; niets zou natuurlijker zijn, dan dat daaruit een zekere neiging ontstond om over de bezwaren heen te stappen. Wanneer ik op die bezwaren meen te moeten wijzen, dan is dit zeker niet uit gebrek aan sympathie voor dat streven. De taak van den advocatus diaboli heeft weinig aanlokkelijks en is weinig dankbaar; maar zal het groote werk kunnen stand houden, dan moet, hoe breeder de conceptie is, des te nauwkeuriger alles berekend worden; dat is nu eenmaal het proza, dat niet is te ontgaan. Ten slotte zal het werk tot stand komen; maar ik kan nog niet gelooven, dat het ver gevorderd is.

Het beginsel van art. 1401 moet tot zijn volle ontwikkeling worden gebracht; maar daarbij wil het mij voorkomen dat wij het zoo dikwijls geprezen voorbeeld van de Fransche jurisprudentie omtrent art. 1382 C. c. niet hebben te volgen [1]). Om een term over te nemen, door een dier Fransche rechtsgeleerden bij eene andere gelegenheid gebezigd [2]): wij mogen ons niet tevreden stellen met „des demi-idées". De onderscheidene gevallen moeten nauwkeurig worden overwogen en geregeld. Nog menige soort van onrechtmatige daad ontsnapt aan het recht; welnu, aan die bepaalde gevallen wijde men in de eerste plaats zijne aandacht, en bedenke in hoever daarin een délit civil, misschien ook een strafbaar feit te zien is. Wellicht zijn er regelen te vinden, waaruit men verder met zekere mate van vertrouwen zal kunnen deduceeren; maar die regelen zullen het best langs dezen weg van inductie worden gevonden. Het is evenmin aan te nemen, dat het recht over de ongeoorloofde handelingen in dit opzicht ongelukkiger, als dat het gelukkiger zou zijn dan het recht over

[1]) Zie echter Kohler in Grünhut's Zeitschr. XIII, bl. 1 v. en Alexander-Katz passim. Die bewondering wordt echter niet gedeeld door Mr. v. Ittersum t. a. p. bl. 184, noch door Mr. Eyssell in W. 6249.

[2]) Laurent 1 n. 46 over het begrip van publieke orde. Hij waarschuwt er tegen, zich daarbij eenvoudig door het gevoel te laten leiden.

andere onderwerpen; wanneer het eenmaal zal zijn uitgewerkt, zal het waarschijnlijk geen buitengewoon casuistisch karakter vertoonen.

Het voornaamste bezwaar dan tegen de nieuwere opvattingen over art. 1401, waarop ik meende te mogen aandringen, was hierin gelegen, dat m. i. de wet heeft te regelen wat onrechtmatig zal heeten. Ik zal dit punt verder laten rusten. Alleen wil ik mij veroorloven op eene opmerking terug te komen, die ik reeds meer dan eens, hoewel dan terloops, heb aangestipt. Den rechter zij alle vrijheid gelaten de wet uit te leggen. Wij hebben ons hier niet te verdiepen in de vraag, welke methode daarbij gevolgd moet worden; alleen één punt zal moeten worden vastgehouden, nl. het verschil tusschen uitlegging der wet en vorming van nieuw recht, zij het dan ook in aansluiting aan het bestaande recht. In het Romeinsche recht was dergelijke rechtsvorming door de rechtsgeleerden van oudsher erkend; eerst in den laatsten keizertijd werd zij uitgesloten, zie hierboven bl. 56 v. Thans evenwel is zij ongeoorloofd. Het is waar, bij het Projet de livre préliminaire du Code werd de rechter bij het stilzwijgen der wet verwezen naar de équité (zie hierboven bl. 106), en deze werd gedefinieerd als: le retour à la loi naturelle ou aux usages reçus dans le silence de la loi précise; eveneens erkennen het Wetb. Nap. voor Holl. en het Ontw. van 1820 de billijkheid en tevens ook de analogie van het vastgestelde recht [1]). Maar ons art. 11 A. B. verwijst ons naar de wet, en noch de billijkheid noch de analogie geven ons positief recht; zij zeggen ons alleen wat recht behoort te zijn, maar dan toch niet recht is. Ik kan hierbij geen onderscheid aannemen tusschen wets- en rechtsanalogie [2]), altijd indien men

[1]) In denzelfden geest het Oost. wetb. Einl. § 6 en 7. Men ziet, het is wel wat sterk, den rechter van die tijden te noemen „den slaaf van het geschreven woord des wetgevers" (bl. 55). Alleen het Pruisische Landr., Einl. § 46—50, legt den rechter zeer aan banden.

[2]) Anders Mr. van Bemmelen in zijne Rgel. Opstellen I (Methode van interpretatie bl. 4—29) bl. 12 v. Binding, Handbuch § 6, zou den

onder analogie verstaat het aannemen van wat de wetgever, indien hij consequent was, had moeten bepalen. Er is geen grond voor een onderscheiding tusschen een bijzonder deel en het geheel van het positieve recht. Heeft het gesproken, dan hebben wij het te volgen; en ik herhaal, ook indirect kan de wet hebben gesproken [1]). Maar waar het positieve recht zwijgt, kan men zeker onderzoeken, wat de „Natur der Sache" en de „den Lebensverhältnissen innewohnende Ordnung" vordert [2]), doch dat leert dan alleen wat de wetgever had moeten zeggen, maar wat dan toch door hem niet is

rechter de vrijheid willen geven zoowel rechts- als wetsanalogie toe te passen; hij keurt bepalingen als die van ons art. 1 Strr. ten strengste af; von Liszt, Lehrbuch § 69, I in f., wil alleen wetsanalogie toelaten. Ik moet onderstellen, dat Mr. van Bemmelen bij wetsanalogie denkt aan zulke gevallen, waarin de wetgever kan geacht worden werkelijk een ruimeren regel te hebben gesteld dan een meer oppervlakkige lezing zou doen vermoeden; vooral bij onzen wetgever mag zeker de raad worden gevolgd van Dernburg, Pand. § 29, nl. dat bij de studie van den tekst ook met des wetgevers bijzonderen stijl rekening moet worden gehouden. Alleen in zoover kan ik waarheid zien in de uitspraak van Mr. v. B. t. a. p.: „de onderscheiding tusschen uitlegging en aanvulling is niet vol te houden"; verg. ook de opmerkingen over de uitlegging en de analogie in de Motive bij het Duitsche ontwerp I, bl. 14v. Onduidelijk echter blijven mij zijne opvattingen, als hij eenerzijds onder de (10) grondslagen der interpretatie ook (4°) de rationeele, moreele en utilitaire erkent, omdat dit geacht mag worden in den geest der wet te liggen en door den wetgever gewild te zijn, en zelfs (10°) de evolutieve, die uitgaande van den aard der sociale stof de rechtsbepalingen ontwikkelt op grond dat de wet haar onderwerp uit zijnen aard zóó had behooren te regelen, en van den anderen kant optreedt tegen Kohler's beschouwingen over interpretatie, hoewel ook dit weêr alleen ten deele; hij gaat met hem mede, als 't geldt het scheppen van nieuw recht door analogie of zelfs op grond van noodzakelijkheid van voorziening, al zijn er geen wettelijke beginselen, waarbij men zich kan aansluiten; hij volgt hem echter niet, waar hij meent aan eene wetsbepaling een nieuwen zin te mogen toekennen op grond van de verandering der maatschappelijke opvattingen.

[1]) Zie bv. Unger System § 13.

[2]) Dernburg t. a. p.

gezegd [1]). Wil men daarbij spreken van Rechtsanalogie (terwijl men dan onder Wetsanalogie eerder een wijze van uitlegging verstaat), dan kan dit toch niets veranderen aan deze waarheid: „Die Auslegung steht Jedermann, die Fortbildung nur den berechtigten Organen, also.... nur dem Gesetzgeber zu" [2]).

Bij het leerstuk der interpretatie heerscht allerlei spraakverwarring, die het dikwijls hoogst moeilijk maakt te weten, waar eenstemmigheid en waar verschil van meening bestaat. Vooral is dit het geval, waar men werkt met de termen: lagere en hoogere interpretatie [3]). Met de laatste wordt dan bedoeld de aanvulling van het recht, en wel *hetzij* door analogie, waaronder verstaan wordt vorming van een den wetgever onbekend recht, maar in aansluiting aan bestaande rechtsbeginselen, *hetzij* door vorming van een geheel nieuw recht, zooals de verschillende belangen dit blijken te vorderen, zooveel mogelijk in aansluiting aan de wet, maar zoo noodig ook waar wettelijke beginselen ontbreken [4]), *hetzij* eindelijk door zoogen. duplex interpretatio, nl. door een gewijzigde opvatting eener wetsbepaling als gevolg van het medegaan met de veranderende begrippen van het maatschappelijke leven [5]). Maar met dat woord: hoogere interpretatie sticht men verwarring; het is alsof het met opzet gekozen

---

[1]) Zelfs is 't onzeker, òf de wetgever altijd consequent is. Toen bv. de praetor Octavius (74 v. C.) de actio quod metus causa toekende ook tegen derden, zou men allicht gemeend hebben dat hetzelfde zou moeten gelden bij dolus. Toch bepaalde Aquilius in 66 v. C. anders; wel zullen voor dat verschil voldoende gronden hebben bestaan, doch gemakkelijk te vinden zijn zij zeker niet.

[2]) Unger t. a. p. n. 3.

[3]) Kohler in Grünhut's Zschr. 1886 bl. 1—61: über die Interpretation von Gesetzen.

[4]) Kohler erkent, dit valt ten slotte in de termen van gewoonte-recht. Daartegen verzet zich Mr. v. Bemmelen bl. 28, omdat dan de rechter toch niet meer doet dan interpreteeren, nl. evolutief; zie hierboven bl. 140 noot. De bevoegdheid zelve schijnt hij echter niet te betwisten.

[5]) Wij denken hier aan de veranderde opvatting van art. 1401 volgens Mr. Treub; zie hierboven bl. 57.

is om de zaak eenigszins smakelijker te maken [1]); interpretatie klinkt zoo onschuldig, en het denkbeeld van „hoogere" interpretatie heeft zelfs iets verleidelijks. Het kan intusschen niet wegnemen, dat op die wijze nieuw recht wordt gevormd, en dat dit „nur dem Gesetzgeber zusteht". De grenzen tusschen positief en niet-positief recht worden uitgewischt, en daardoor het betreden van het terrein van „das gerechte Recht" (bl. 84 n. 1) gemakkelijk gemaakt. Kohler wil daarbij zelfs den wetgever een hoogst bescheidene rol toewijzen; de wet zou slechts practische bepalingen hebben te geven, en de wetenschap daaruit de beginselen hebben op te zoeken. Ik vrees dat dit tot allerlei onzekerheid zou leiden, daar 't begrip van hetgeen de wetenschap aangeeft zeer subjectief is; het hierbij door Kohler geprezen voorbeeld van het aphoristische Fransche wetboek met de daarop passende jurisprudentie schijnt mij juist het bedenkelijke van dat stelsel aan te toonen. In 't bijzonder weder geldt dit bij art. 1382 C. c. [2]). Dat de wetenschap die bepaling verbetere, maar zij diene daarbij den wetgever. Niet alsof ik aan de wetenschap iets minder dan de hoogstmogelijke plaats zou willen toekennen; ik moet alleen betwijfelen, dat wat ons uit haren naam wordt aangeboden, practisch van meer waarde zou zijn dan het werk des wetgevers.

De regel van art. 1401 erlangt nog bijzondere kracht, wanneer men bij de schadevergoeding ook de zoogen. moreele schade in rekening brengt. De algemeene subsidiaire actie tot vergoeding van nadeel, geleden ten gevolge van ongeoorloofde handelingen, zal niet kunnen worden toegewezen, waar geen nadeel is ondervonden; wordt nu ook moreele schade voldoende geacht, dan wint de toepasselijkheid van art. 1401

[1]) Verg. het hierboven bl. 119 n. 2 genoemde geval van het beneficium competentiae.

[2]) Wij zagen trouwens hierboven bl. 32, dat men eerst in later tijden die bepaling als zulk een algemeenheid opvatte, waarin de rechter systeem zou hebben te brengen.

heel wat veld. Men ziet daarin dit voordeel, dat velerlei ongerechtigheid kan worden getroffen, die anders moeilijk te achterhalen zou zijn. Zooals Laurent n. 395 v. het uitdrukt, de schade moge niet zuiver te waardeeren zijn, het vonnis heeft toch deze gewichtige beteekenis, dat het de veroordeeling uitspreekt van de laakbare handeling; den schuldige wordt een boete opgelegd, geëvenredigd aan het gewicht van zijn onrecht; on le punit par où il a péché, en is hij soms onvermogend, dan is de lijfsdwang daar om de plaats van de geldstraf in te nemen. Men zou dus kunnen zeggen, art. 1401 geeft den rechter de macht van een censor [1]), die den staf kan breken over allerlei laakbare handelingen, waarover een medeburger zich bezwaard acht; aan zijne afkeuring zet hij de noodige klem bij door eene geldstraf uit te spreken ten behoeve van den klager. Ik moet echter betwijfelen, niet alleen of zoogen. moreele schade in geld kan worden vergoed, maar ook of eene dergelijke veroordeeling tot het betalen van geld aan den verongelijkte het geschikte middel is om de ongerechtigheid te bestrijden.

De schadevergoeding in geld, 't zij bij eene verbintenis uit onrechtmatige daad, 't zij in andere gevallen, kan ik niet erkennen, zoo dikwijls de geledene schade niet is van geldelijken aard [2]). Ik laat mij hierbij niet leiden door de doctrinaire redeneering, dat schadevergoeding alleen bij vermogensrecht zou kunnen gelden. De vraag, wat onder vermogensrecht te verstaan is, kan ik hier laten rusten [3]). Het afdoende bezwaar is m.i., dat immaterieele schade geen equivalent in geld kan vinden. Bij toewijzing eener actie uit onrechtmatige daad zal in rekening kunnen worden gebracht niet alleen het vernietigen of beschadigen eener zaak of een dergelijk „werkelijk nadeel”, maar ook alle winstderving, en daartoe kan behooren de kans op economisch voordeel, op te leveren

---

[1]) Zie hierboven bl. 79 n. 2.

[2]) Zie echter de opstellen van Drucker in Rechtsgel. Mag. VIII, bl. 1v. en 369v. XI, bl. 176v. Met hem vereenigt zich Mr. van Ittersum bl. 192 n. 1.

[3]) Zie hierboven bl. 34v, n. 1.

door zaken, die op zichzelf beschouwd zeker tot de immaterieele goederen behooren; maar dan wordt weêr geld gegeven voor het gemis aan economisch voordeel en niet voor die immaterieele goederen zelve. Ik onderstel daarbij, dat het economische voordeel in zijn geheel wordt vergoed, zonder moderatie; om die moderatie te ontgaan is zeker weêr het in rekening brengen van de waarde dier immaterieele goederen niet noodig; bij clienteele bv. (zie bl. 35 noot) brengt men de volle kans in rekening op de geldelijke winst, die zij kan opleveren.

De waarde dier immaterieele goederen, moreele, individueele, persoonlijkheidsrechten, is zeker niet te miskennen; doch die waarde kan niet in geld worden uitgedrukt. Ook moet de wetgever op bescherming van dergelijke belangen bedacht zijn, zooals hij ook eigendom, erfdienstbaarheden en dergelijke vermogensrechten in zulke gevallen beschermt, waarin de materieele waarde luttel of zelfs denkbeeldig is. Ik beweer alleen, dat waar schadevergoeding moet worden uitgesproken [1]), alleen de materieele schade in geld kan worden omgezet. Wanneer bv. de Fransche en Engelsche rechters bij moreele schade een geldelijk bedrag tot schadeloosstelling toewijzen, blijkt dat zulk een bedrag volkomen willekeurig is, m. a. w. dat het *geen* equivalent is van de geledene schade; bij de materieele schade is dat wèl het geval. Bij immaterieele schade wordt naar totaal-indrukken, eigenlijk naar ingevingen beslist; de eene rechter kan duizenden toeleggen, terwijl de ander de zaak met honderden al ruim betaald vindt, en wie van beiden juist oordeelde, is ook bij benadering niet na te rekenen. De redeneering dat geld, als het allgemeine Genussmittel, ook de rol van allgemeines Entschädigungsmittel kan

[1]) Om alle verwarring te voorkomen, verklaar ik ten volle te beamen, wat door Drucker zoo afdoende is betoogd, dat nl. ook de vermogensrechten niet op geld waardeerbaar behoeven te zijn om in rechte beschermd te worden. Men kan een vonnis verkrijgen, dat bv. met den sterken arm uitvoerbaar is. Maar is bv. het gevindiceerde goed vernietigd, dan zal m. i. de vergoeding alleen de materieele schade betreffen.

vervullen, is hoogstens te plaatsen bij het Schmerzensgeld; dat „die dem Verletzten verursachte schmerzliche Empfindung durch Verursachung einer angenehmen Empfindung wieder wird aufgewogen" [1]), kan toch alleen gelden bij moreel nadeel van lageren aard, bij geleden pijn of doorgestanen angst, maar zeker niet bij krenking van meer teedere gevoelens [2]).

---

[1]) Windscheid § 455 n. 31. — De instelling wordt veelal in verband gebracht met de Carolina. Voet ad Pand. IX 2 n. 11 meent haar zelfs in het Romeinsche recht te vinden; bij l. 1 § 5 D. 9.3 bv. wordt de straf bepaald op vijftig aurei, omdat liberum caput nullum accipit aestimationem. Seitz, Schmerzensgeldklage 1860, ziet er een overblijfsel in van de oude Privatbusse, het surrogaat van de strafactie; volgens den Saksenspiegel verviel de boete aan den beleedigde, en althans bij zaken van minder gewicht was ook de bepaling der straf aan hem overgelaten. Sints het strafrecht een algemeen publiekrechtelijk karakter erlangde, heeft volgens Seitz dit recht zijn beteekenis verloren; hij ontkent dan ook (met vele anderen), dat het nog in de praktijk zou gelden.

Verg. ook de Groot III, 3 § 2 in f.: De smert ende ontciering van 't lichaem, hoewel eighentlick niet en zijn vergoedelick, werden op geld geschat zoo wanneer sulcks versocht werd.

[2]) Het Pr. Landr. I, 6 § 112 v. erkent het zelfs alleen ten behoeve van boeren en gewone burgers; doch dat is zeker wel wat al te hoog gedacht. Men zou het (verg. de Groot, bij de vorige noot aangehaald), aan de partijen kunnen overlaten, hoe zij over de zaak wilden denken. Ook bij het „gesellige Leben" ware het niet ongepast; Jhering, Geist III, 1 n. 452, zou daar geen actie willen toekennen, maar juist daar is op hare plaats de opmerking van Drucker, Rgel. Mag. VIII, bl. 403, dat men zich met die geldsom allerlei genot, ook van den meest ideëelen aard, kan verschaffen, dat het leed eenigermate kan doen vergeten; als men door grof verzuim der spoorwegdirectie te laat komt voor de luisterrijke muziekuitvoering, kan men voor het zoo verkregen geld zich een anderen aangenamen dag verschaffen. Ik zou ook geneigd zijn den gekrenkte veel vrijheid te laten; bij verbreking van trouwbeloften en bij defloratie zou ik hem die pleister op de wond kunnen toewijzen, wanneer hij daarin heil zag. Maar ik zou dan toch in 't oog willen houden, dat hier alleen de „Verursachung einer angenehmen Empfindung" beoogd wordt, die evenredig groot moet zijn aan de „Schmerzliche Empfindung", geen met cijfers te berekenen equivalent van schade, als bij materieel nadeel. Men verg. hierbij de discussie in de Juristenvereeniging van 1874 (2 bl. 170 en 186): „Prettig is het

Bovendien een eigenlijk herstel geeft het Schmerzensgeld niet, alleen een soort van vertroosting. Wanneer de Engelsche rechter meent zijne veroordeeling tot een bedrag van ettelijke duizenden ponden sterling hiermede te motiveeren, dat een man van eer voor zulk een bedrag toch niet een dergelijk leed zou willen ondergaan, dan antwoord ik, dat ik geen bezwaar maak tegen de hoogte dier som; ik beweer eenvoudig, dat met die veroordeeling de quaestie zelfs niet geraakt wordt. Geld is geen equivalent.

De beleedigde heeft een nadeel geleden, voorzoover zijn aanzien in de schatting zijner medeburgers is verminderd, en ergernis is hem aangedaan door krenking van zijn gevoel. Voor den een weegt misschien het eerste, voor een ander het laatste het zwaarst; sommigen zijn voor beiden onverschillig. Noch het noch het ander intusschen kan worden goedgemaakt met geld. Herstel van aanzien en eer kan wellicht worden verkregen door de daad van den beleediger of door de uitspraak van den rechter, maar de toevoeging van een geldsom zal daaraan geen kracht kunnen bijzetten; het blijkt dat de beleedigde gewoonlijk eenigszins verlegen is met het geld, dat hij op die wijze ontvangt. De Engelsche rechter wijst in sommige gevallen een farthing toe; het is eenvoudiger geen comedie van de zaak te maken en dan ook die farthing achterwege te laten. De krenking van het zelfgevoel wordt ook weder niet geheeld met geld; en denkt de eischer er anders over, dan zal de wetgever beter doen hem in die opvatting niet te volgen. Wil men den eischer eene genoegdoening geven door eene veroordeeling van den dader, m. a. w. een recht op een soort van wraak erkennen, dan treffe men den beleediger niet in zijne beurs; geen amende pécuniaire zou moeten worden opgelegd, maar eene amende honorable, eene boete in de eer,

---

niet, zijn geheele leven met een kunstbeen te moeten loopen", en eveneens is „een schoon meisje, dat in haar gelaat geschonden is", te beklagen; maar de vergoeding daarvan ligt dan in de lijn van het Schmerzensgeld.

Dat dit recht ook niet op de erfgenamen overgaat (Windscheid § 455 n. 33) teekent weder het verschil met gewone schadevergoeding.

hetzij deze dan bestaat in het afleggen der verklaring, die wij amende honorable plegen te noemen, hetzij in de uitspraak van den rechter, die ook weder den beleediger een krenking aandoet en daardoor den beleedigde eene voldoening kan geven.

Met de geldelijke vergoeding van moreele schade kan moeilijk werkelijke vergoeding, herstel van een vroegeren toestand, bedoeld zijn. Zelfs bij de betering door het Schmerzensgeld, in de enkele gevallen waarin dit wordt erkend, is het niet eigenlijke vergoeding, die gegeven wordt. Sommigen beschouwen ook de Busse als eene schadeloosstelling, maar anderen zien er eene poena privata in; weêr anderen meenen, zij is straf en vergoeding te gelijk [1]). Ik kan mij voorstellen, dat soms een beleedigde met de Busse een schadeloosstelling beoogt, hoewel dan deze meer in de lijn van het Schmerzensgeld zou liggen, maar de eigenlijke strekking van het middel is toch eene vergoeding van een geheel bijzonder karakter: niet het allgemeine Genuszmittel, maar een genot van bijzonderen aard, nl. den eischer — behalve misschien ook herstel in

---

[1]) Zie over de verschillende meeningen Stobbe § 200 n. 45, Windscheid § 326, n. 11. Volgens § 188 en 231 Str. Gb. kan Busse door den strafrechter worden opgelegd bij beleediging, bij lichamelijk letsel, en verder bij het auteursrecht. Het bedrag wordt aan zijn oordeel overgelaten, ook zonder dat schade wordt bewezen; hierbij zal overigens vooral op de grootte van het vermogen van den schuldige, bij Schmerzensgeld meer op dat van den eischer moeten worden gelet. Een zekere samenhang tusschen beide is niet te ontkennen, niet alleen in den oorsprong (althans wanneer wij Seitz, zie hierboven bl. 145 n. 1, mogen gelooven), maar ook in de toepassing. Zij kunnen niet samengaan (zie ook Windscheid § 455 n. 11). Om over de wenschelijkheid van het behoud der Busse te kunnen beslissen, ware intusschen meer zekerheid over haar aard en hare verhouding tot het Schmerzensgeld zeer gewenscht.

Verg. ook de Groot III, 35 § 1 en 2. De hoon (misdaed jegens de vrijheid) is men ghehouden te beteren, met opentlicke schuld-bekentenisse ende bidding om vergiffenis, ende daer en boven met geld.... 't Eerste is eigentlick wederevening: 't ander als boete enz. Eveneens III, 36 bij lasteringh (misdaad jegens eer).

het algemeen aanzien — genoegdoening te verschaffen door de vernedering van den dader, „Genugthuung auf der einen, Demüthigung auf der anderen Seite" [1]). Zij heeft dan denzelfden zin als de veroordeeling bij de actio injuriarum in het Romeinsche recht; de ruime toepassing dier actie is bekend [2]); in sommige gevallen is het denkbeeld van beleediging daarbij zelfs eenigszins gezocht. Maar in die gevallen wordt dan aan het wraakgevoel een voldoening gegeven, daarin bestaande dat men den dader geld laat betalen. Terwijl bij het Schmerzensgeld het geld het eigenlijke doel is der vordering, is het bij de Busse en bij de injuria eerder het middel; doch dat middel kan ik dan toch niet gelukkig gekozen noemen. Zooals ik reeds opmerkte, als men wraak wil toestaan, dan zou die bevredigd moeten worden op een andere wijze. Laurent (n. 396) meent: c'est une pensée de lucre qui très-souvent est le mobile de la méchanceté; en frappant les coupables de dommages-intérêts, on leur inflige la peine qu'ils méritent et on les punit par où ils ont péché. Doch hij denkt daarbij aan: cette race d'êtres malfaisants qui vivent de calomnie et de chantage. En zelfs als dergelijke personen de schuldigen zijn, is dan de eischer daarmede in zijn gevoel voldaan? Indien werkelijk zijn eergevoel mocht hebben geleden door de handelingen van dergelijke wezens, zal dat dan met geld worden goedgemaakt?

Dit punt, meen ik, mag niet worden verwaarloosd: de strekking der Busse is niet het straffen van den dader, maar het aan den eischer verschaffen van iets, wat nu eenmaal geacht wordt hem toe te komen [3]). Men spreekt van poena privata; maar al zou ik toegeven dat er hier van poena sprake

---

[1]) Keller, Pandekten § 376.

[2]) Jhering, Jahrbücher für Dogmatik, XXIII, bl. 155—338.

[3]) Waarin dat „iets" bestaat, is niet geheel helder. Stobbe t. a. p. vereenigt zich met Kohler, als deze in de Busse alleen Entschädigung ziet, hoewel deze dan niet alleen vermogensrechtelijk zou zijn, maar ook lichamelijke en psychische schade zou betreffen. Waarin dan die schade bestaat, en hoe zij wordt gebeterd? Het wil mij voorkomen, dat dit punt een ernstiger onderzoek zou vereischen.

is [1]); het zou dan toch altijd een poena *privata* zijn, een boete ten behoeve van den benadeelde, die recht heeft op voldoening. In dit bijzondere geval komt zelfs de strekking: genoegdoening aan den eischer, zeer duidelijk uit; het is een actio quae vindictam spirat [2]). Bij de andere poenae privatae is dan ook nog naast de boete eene vergoeding verschuldigd, maar hier ligt juist in die boete de vergoeding.

Dat onze wetgever in enkele gevallen een schadevergoeding toekent bij immaterieele schade, moet worden erkend, hoewel dan toch die schadevergoeding een geheel eigen karakter vertoont en geenszins naar de gewone regelen wordt berekend [3]). Maar die singulariteit geeft ons geen voldoenden grond om daarin de uitdrukking van een algemeen beginsel te zien; onder „vergoeding van kosten, schaden en interessen" kan de wetgever bezwaarlijk geacht worden ook het goedmaken van de moreele schade te hebben bedoeld. Zelfs in jure constituendo zoude ik hoogstens onder zekere voorwaarden de toewijzing van eenig Schmerzensgeld kunnen goedkeuren. Ook herstel van eer zoude ik wenschen verleend te zien, en zelfs — ofschoon noode — een recht op genoegdoening, m. a. w. op wraak, doch daartoe is m. i. een veroordeeling tot het betalen van geld niet het gepaste middel.

Bij eene krenking van een immaterieel rechtsgoed heeft de wetgever zich zeker niet onverschillig neêr te leggen. Ik beweer alleen, dat het herstel niet kan gevonden worden in het toekennen eener geldsom. Indien van het Duitsche ontwerp gezegd kan worden, dat het „mit romanisirender [4]) Engher-

---

[1]) Indien er hier al een moreel of sociaal kwaad is gedaan, dan wordt dit niet door de Busse gestraft; de rechter zal daarvoor een gewone straf opleggen.

[2]) Zij gaat niet op, en natuurlijk evenmin tegen de erfgenamen over; § 444 al. 4. Straf-Proz. O.

[3]) Zie artt. 1406 v. Verg. ook de redeneering van Laurent over de vergoeding bij het verbreken van trouwbeloften, hierboven bl. 110.

[4]) Deze zoo algemeen geuite grief tegen het ontwerp is hier onbillijk. Jhering althans klaagt over den „platten, öden Materialismus der

zigkeit nur Hab und Gut des Deutschen Bürgers sichert", dan kan ik dit betreuren, zonder toch het genoemde middel te willen aanvaarden. Juist omdat ik erken, dat er nog andere schade is, dan die in de beurs wordt geleden, wil ik een herstel elders dan in de beurs zoeken. Zelfs indien ik zou moeten besluiten dat er geen beter middel was aan te wijzen, dan zoude ik het middel van vergoeding toch moeten verwerpen, omdat ik het niet als remedie kan erkennen [1]). De immaterieele schade kan niet worden hersteld met geld; het is geen „remedium anceps, melius quam nullum"; het laat de schade ongebeterd.

Op welke wijze moet dan de immaterieele schade gebeterd worden? Dat deze vraag moeilijk is op te lossen, blijkt reeds daaruit, dat een voldoende regel nog door geen wetgever schijnt te zijn gevonden. Alleen gebrekkige middelen zijn hier aan te geven, maar dan toch middelen waardoor het doel althans ten deele bereikt wordt. De geschonden eer kan in menig geval herwonnen worden door herroeping en door uitspraak van den rechter; en diezelfde middelen kunnen, indien men het wraakgevoel meent te moeten erkennen, ook daaraan gepaste bevestiging geven. Een veroordeeling tot geld kan alleen dienen, wanneer materieele schade is geleden, wat ook in dit geval zeker mogelijk is. Maar wanneer nu het civiele recht geen herstel kan verleenen, dan is het woord aan den strafwetgever; en deze moet zelfs met te meerdere strengheid optreden, naarmate het civiele onrecht minder herstelbaar is. Ook de strafrechter overigens behoort bij zijn vonnis niet bepaald te veroordeelen tot het betalen van geld.

Men ziet in de toekenning van vergoeding der immaterieele schade bij de actie van art. 1401 het voordeel, dat daardoor velerlei ongerechtigheid zou kunnen worden getroffen, die

---

modernen Jurisprudenz", in tegenstelling van het Romeinsche recht, dat ook andere belangen tracht te bevredigen. Het blijft overigens de vraag, of met de actio injuriarum de moeilijkheid werd opgelost.

[1]) Verg. Drucker, Rgel. Mag. VIII, bl. 404.

anders moeilijk kon worden achterhaald. „Tal van onrechtmatige handelingen, waarmede wij hier te doen hebben, zijn strafrechtelijk niet te benaderen, of niet voldoende te treffen" [1]); door de vergoeding te erkennen ook van niet-geldelijke schade bestrijdt men met onrecht; art. 1401 erlangt een dergelijke preventieve werking als de actio injuriarum in het Romeinsche recht.

Men beoogt dan niet een herstel voor den benadeelde, maar een boete, een straf voor hem, die onrecht pleegde; niet een handhaving van recht, hoe ruim ook gerekend, voor den eischer, maar een neêrzetten, een beteugeling van hem, die misdreven heeft. Doch daarmede betreden wij het terrein van het strafrecht; en dit blijve een onderdeel van het publiekrecht.

Terwijl bij het privaatrecht de verwezenlijking van het recht des eischers op den voorgrond staat, is bij het strafrecht hoofddoel, dat den schuldige een leed zal treffen naar de mate zijner ongerechtigheid. Geldt het een boete, dan is het de hoofdzaak, dat de schuldige die som zal betalen; er is geen reden waarom, indien het misdrijf een bepaald persoon heeft getroffen, juist aan dien persoon dat bedrag zou worden toegekend. Hij heeft recht op herstel en niet op strafvervolging; dat in een gegeven geval dat herstel allicht niet door hem kan worden verkregen, is geen grond om van den regel af te wijken; hij is niet eerder dan een zijner medeburgers geroepen om als wreker van de gerechtigheid op te treden. De staat, als vertegenwoordiger der gemeenschap, is aangewezen om het misdrijf te vervolgen en, als het boeten geldt, deze in ontvangst te nemen. Ik zal het niet tegenspreken, „moet de bevrediging onzer maatschappelijke behoeften afstuiten op onze wetenschappelijke indeelingen en begrippen, dan is de vooruitgang der wetenschap te duur gekocht" [2]). Maar ik moet juist betwijfelen, òf op de voorgestelde wijze de maatschappelijke behoeften zouden worden bevredigd; door het

[1]) Drucker bl. 404.

[2]) Zie Drucker t. a. p., toejuichende de woorden van Mr. Levy in W. 5720.

zuiverder trekken van de grens tusschen strafrecht en privaatrecht meen ik dat de wetenschap aan de maatschappij een wezenlijken dienst heeft bewezen. Zeker, het is in het algemeen „wenschelijker, met de middelen van het civiele recht tegen het onrecht te strijden, dan de hulp van het strafrecht in te roepen"; het geschut van het strafrecht worde niet dan bij noodzaak op eenig punt van het rechtsgebied gericht. Maar die noodzakelijkheid bestaat hier, ook wanneer wij de zaak van het practische standpunt beschouwen. Kennen wij de strafactie toe aan den beleedigde, als een subjectief recht, dat hij naar welgevallen mag inroepen of laten liggen, dan wordt het doel, het treffen van den schuldige, onvolkomen bereikt. Wij merkten het reeds op bij de bespreking der deloyale concurrentie [1]), de civiele partij zal zich wellicht de moeite niet geven van het haar toegekende recht gebruik te maken, en dit zal niet minder gelden, wanneer haar een recht op straf wordt toegekend; van den anderen kant kan zij, door eigenbelang of andere onzuivere motieven gedreven, bij de strafvervolging juist overijverig zijn. Bij de civiele actie wordt het onrecht gewaardeerd naar des eischers standpunt, maar met dien maatstaf is de objectieve waarde van het misdrijf geenszins aangegeven. De aan de civiele partij toegebrachte schade is misschien luttel, en mogelijk heeft de schuldige door zijne daad evenveel voordeel gehad als het nadeel bedraagt, dat hij heeft te vergoeden; in dat geval ontloopt hij alle straf, als de civiele partij kan eischen. Men zal zeggen, juist daartoe wordt de post: moreele schade, in de rekening opgenomen; daarin ligt dan toch een straf. Ik antwoord, dat dan nog het algemeene bezwaar tegen poenae privatae blijft bestaan, nl. het grillige en willekeurige der vervolging; met meer vertrouwen zie ik die taak aan het O. M. opgedragen dan bv. den bestolene het recht gegeven om een duplum of quadruplum te eischen. Het bezwaar weegt

---

[1]) Zie hierboven op bl. 104. Ook bij de verschillende andere gevallen van onrechtmatige daden wezen wij op de wenschelijkheid van strafbepalingen.

hier nog te meer, nu het bedrag der straf van allerlei omstandigheden zoude afhangen, die den persoon van den benadeelde raken; dergelijke moreele schade is er misschien niet geleden, of de eischer meent daarvoor geen geld te kunnen vragen. Ik zoude dan nog eerder de oude getarifeerde poenae privatae kunnen aannemen.

Dat het ontstaan der poena privata zich historisch volkomen laat verklaren, wil ik niet tegenspreken; eene andere vraag is het, of zij behoort te blijven bestaan, en deze vraag kan ik niet anders dan ontkennend beantwoorden. Wanneer Jhering in zijn Kampf um's Recht de poenae temere litigantium in bescherming neemt, en in het algemeen dergelijke boeten verlangt bij willekeurige weigering om aan een rechtmatige verplichting te voldoen, dan beaam ik ten volle dat de onwillige straf kan verdienen [1]), maar ik acht het rechtsgevoel niet bevredigd, wanneer het eischen dier straf aan den schuldeischer wordt overgelaten; niet alleen *zijn* rechtsgevoel is het, dat gekrenkt werd. Drucker bl. 410 haalt eene uitspraak aan van Gierke, nl. dat de vergoeding van immaterieele schade noodig wordt, hoe meer de Privatstrafe verdwijnt; ik antwoord, dat ik van de noodzakelijkheid van bescherming der zoogen. ideëele rechten overtuigd ben, en daarbij ook in enkele opzichten het geld als een remedie zou kunnen toelaten, maar dat ik dat geld niet als panacee kan erkennen en bovendien, mij verheugende over het verdwijnen der Privatstrafe, haar ook niet in een nieuwen vorm in het recht zou willen zien binnenleiden.

Slaan wij nog een enkelen blik op de geschiedenis. Wij zien oorspronkelijk strafrecht en civielrecht dikwijls ineen loopen [2]). Soms in de plaats eener civiele actie tot herstel, soms ook daarnaast, werd eene civiele actie tot straf gegeven. De schuldige onderging een straf, maar zij werd hem opgelegd ten

---

[1]) Zie hierboven bl. 125.

[2]) Zie hierboven bl. 44 v. over de weinig scherpe onderscheiding tusschen contract en delict in het Romeinsche recht. Volgens Savigny Oblig. II, bl. 311 gold ook in Duitschland van oudsher een uitgebreid stelsel van Privatstrafen.

behoeve van den laesus; deze werd beschouwd als de gekrenkte, en met dezen moest dus worden afgerekend; ook al had hij misschien geen verdere schade geleden, hij was in zijn recht gekrenkt en hij mocht in billijkheid aanspraak maken op de moreele voldoening, die de straf hem verschafte [1]. De straf bestond in talio of in andere lijfstraffen, behoudens de mogelijkheid van compositie (ni pacit); later werd deze meer en meer op een vast bedrag gesteld, doch het bleef altijd een bedrag in geld. Was er enkel moreel leed aangedaan, m. a. w. bij injuria, dan had toch de laesus recht op de satisfactie, die de straf hem aanbood; de straf bestond als altijd weêr in geld, oorspronkelijk tot een vast bedrag, later naar de omstandigheden berekend. Dat dit gold ook in gevallen, die wij niet onder het begrip van beleediging plegen te brengen, was volkomen natuurlijk; er was hier minder sprake van een benadeeling van eer en goeden naam dan van een krenking door aangedaan onrecht [2]; de beleedigde verlangde wraak, Genugthuung auf der einen, Demüthigung auf der anderen Seite. Bij alle poena privata werd het misdrijf opgevat als een quaestie tusschen laedens en laesus; wij kunnen daarbij van poena spreken, want de laedens had misdreven, en daarvoor werd hem

---

[1]) Wanneer Savigny, bl. 313, bij de actio de tigno juncto en bij de actio de rationibus distrahendis (beide uit de Twaalf tafelen afkomstig), beweert dat het duplum niet als straf maar als positief geschat interesse is op te vatten, dan is toch waarschijnlijk onder dat interesse ook de aanspraak op satisfactie opgenomen. De eischer verkreeg meer dan wat wij thans interesse zouden noemen, doch dat bijkomende simplum is volgens onze opvattingen straf. Of dus „diese Klagen noch jetzt (in 1851) können angewendet werden", is te betwijfelen; althans berustten zij op opvattingen, die niet meer de onze zijn.

[2]) Zie bv. l. 25 D. 19, 1: si quamlibet rem suam tollere prohibeatur, l. 24 D. 47,10: si quis proprium servum distrahere prohibetur a quolibet, l. 17 D. 47, 10 en l. 2 § 9 D. 43, 8, bij verhindering om gebruik te maken van openbare inrichtingen. Van den anderen kant viel ook het toebrengen van lichamelijk letsel onder injuria; deze toch had de algemeene beteekenis van jeder Eingriff in die persönliche Würde und Selbstständigkeit, Savigny t. a. p. bl. 323; verg. ook hierboven bl. 147 n. 1 over de Groot III, 35 § 1.

door middel der civiele actie een dergelijk leed aangedaan als thans door middel der publieke strafvervolging; de civiele actie had zeker niet den zin van die actiën, waarbij wij agimus ut rem tantum persequamur; de laesus deed als 't ware dienst als wreker van de gekrenkte gerechtigheid. Doch al was dit het gevolg, het eigenlijke doel was hem herstel te verleenen; hij trad op om zijn eigen recht te handhaven, zijn recht op wraak [1]). Het misdrijf als zoodanig was misschien zelfs, bv. bij injuria, van weinig gewicht, maar de persoonlijke krenking was het, die aan de actie haar beteekenis gaf. Dat door het misdrijf niet enkel belangen van bijzondere personen werden getroffen, was een gezichtspunt, dat oorspronkelijk alleen bij vergrijpen tegen den staat en verder bij zaken van zwaarderen aard werd ingenomen. Het gebied der judicia publica werd intusschen meer en meer uitgebreid, en bovendien ook in die gevallen, welke aan de vervolging van

[1]) Uit deze voorstelling van de verbintenis ex delicto laat het zich misschien verklaren, dat de erfgenamen van den dader niet tot herstel der schade verplicht werden, maar enkel tot afgifte van hunne verrijking. Denkt men de vergoedingsactie als bedoelende enkel materieel herstel, dan is het vreemd dat dit recht bij den dood des daders verloren gaat. Savigny spreekt van eenzijdige strafactiën, als de verweerder verarmd en toch de eischer slechts schadeloos gesteld wordt, maar dan is het eene actie tot herstel; het standpunt van den eischer geeft het recht, en daarmede het karakter der actie aan. De erfgenamen van den dader volgen op in al de verbintenissen, die tot zijn vermogen behooren; waarom worden zij nu van de verplichting ontlast, en de eischer van zijn recht op herstel beroofd, wanneer de verbintenis haar oorsprong had in een handeling die tot de onrechtmatige wordt gebracht? Dit begrip wordt bovendien zeer ruim gesteld en daardoor de erfgenamen allicht ontslagen, ofschoon zij bij een minder strenge qualificatie verbonden zouden zijn geweest. Heeft men zich hierbij laten leiden door het denkbeeld van wraak, inzoover dat die erfgenamen den eischer geen krenking hadden aangedaan? Men zou dan weêr kunnen vragen, waarom de actie toch wel op de erfgenamen des eischers overging; alleen bij uitzondering was dit niet het geval. Dit schijnt mij intusschen duidelijk, het Romeinsche recht houdt bij de ongeoorloofde handeling de grens tusschen straf en vergoeding niet genoeg vast.

den laesus bleven overgelaten, wijzigde zich het karakter van de poena privata. Naarmate het inzicht veld won, dat bij elk misdrijf ook de publieke zaak betrokken was, trad ook de opvatting meer op den voorgrond, dat de laesus de taak vervulde van „wreker der gerechtigheid" [1]). Bij de actiones populares en bij de meeste judicia publica gold trouwens iets dergelijks; elk Romeinsch burger trad daar op als „Staatsanwalt", en genoot daarvoor als bezoldiging de boete [2]). Zulk eene rol had ook de laesus.

De poena privata nu volgens die eerste opvatting kan ik zeker niet terugwenschen. Hoeveel er ook te doen moge zijn op het gebied van art. 1401, voor zijne aanwending tot vergoeding der immaterieele schade, welke Gierke op die wijze wil verschaffen, kan ik weinig gevoelen; daarmede zou bovendien aan de gerechtigheid slechts gebrekkig voldaan zijn, voorzoover de belangen der gemeenschap in die mate waren gekrenkt dat een werkelijke straf daarvoor noodzakelijk zou zijn. Alleen bij zaken van weinig gewicht ware een dergelijke regeling te billijken; een soort van Schmerzensgeld zou daarbij voldoende herstel van onrecht kunnen geven. Waar werkelijk straf behoort te worden toegepast, zoude ik het ook op practische gronden ongewenscht achten de civiele partij als wreker voor die belangen der gemeenschap te laten optreden [3]).

Op welke punten het strafrecht zou kunnen worden aangevuld, wil ik niet nader onderzoeken. Bij de beschouwing der hierboven behandelde bijzondere gevallen zagen wij, dat

---

[1]) Verg. l. 3 D. 47, 1. De laesus had in het algemeen de keus tusschen de civiele actie bij den burgerlijken rechter en een klacht voor een extraordinarium crimen bij den strafrechter; ook bij het laatste verkreeg hij vergoeding voor de schade.

[2]) Savigny bl. 314.

[3]) Eerder omgekeerd zouden bij de publieke actie mede de belangen van den benadeelde moeten en kunnen worden behartigd; zie bv. de diss. van J. Slingenberg, de strafbare daad en de schadeloosstelling van den benadeelde, Amsterdam 1896. De civiele actie geeft veel bezwaar, en allicht weinig baat. Maar dit pleit dan ook weder tegen de poena privata.

daarbij in allerlei bijzonderheden zal moeten worden getreden. Een algemeene regel zal daarbij niet voldoende zijn.

Nog in een ander opzicht wordt aan den regel van art. 1401 uitbreiding gegeven: men wil soms de verplichting tot vergoeding op grond van dat artikel opleggen ook waar geen toerekenbaarheid bestaat. Hier te lande is die leer verdedigd door Diephuis [1]). Ik wil niet beweren, dat bij deze civiele actie de regelen toepasselijk zijn, die voor het strafrecht zijn geschreven, dat bv. artt. 37v. Strr. door den gedaagde kunnen worden ingeroepen; maar evenals voor de veroordeeling tot straf is ook voor die tot vergoeding schuld een noodzakelijk vereischte. Krankzinnigen en onmondigen zijn dus niet aansprakelijk, voorzoover zij blijken niet toerekenbaar te zijn; in hoever dit het geval is, zal naar de omstandigheden moeten worden beoordeeld, nu de wetgever daaromtrent geen regelen gaf. Het is waar, de regel van art. 1482 wordt bij art. 1483 op onrechtmatige daden niet toepasselijk verklaard, maar daarmede is niet gezegd, dat de onmondige voor onrechtmatige daden altijd aansprakelijk is, dat hij tegen een zoodanigen eisch niet een andere verdediging dan die van art. 1482 kan voeren. Een dergelijke aansprakelijkheid is zeker gewenscht voor den benadeelde; Diephuis (bl. 85) „acht het niet redelijk, hen vrij te laten van vergoeding van door hen teweeg gebrachte schade, waartegen men zich tegenover hen niet meer dan tegenover anderen kan beveiligen"; door die vrijstelling zou de benadeelde „verstoken worden van eene herstelling der schade, welke hem dan toch zonder eigen schuld onregtmatig is toegebragt". Het is alles waar; alleen kan ik niet toegeven dat de schade onrechtmatig is toegebracht, nu den dader geene schuld is te wijten; schuld toch acht ik voor de aansprakelijkheid volgens art. 1401 noodzakelijk; zie hierboven bl. 39v. Maar ook in jure constituendo acht ik het bedenkelijk, zoozeer den nadruk te leggen op de belangen

---

[1]) Systeem XI, bl. 78 v. Zie hierboven bl. 40, n. 1.

van den benadeelde. De gerechtigheid eischt dat de schade, door mijne schuld toegebracht, door mij zal worden vergoed; soms ook kunnen er andere gronden bestaan voor eene verplichting tot het overnemen van schade, door anderen ondergaan; waar echter geen stellige reden bestaat om die schade op mij over te dragen, moet men wel aannemen dat zij blijft bij hem, die daardoor getroffen werd. Men kan bezwaarlijk het bestaan eener verbintenis aannemen, zonder deugdelijke gronden voor de verplichting van den debiteur; eene eenzijdige onbillijkheid is het, enkel te vragen naar de aanspraken van een eischer [1]).

Verscheidene vreemde wetgevingen behelzen mildere bepalingen voor den benadeelde; soms wordt geheele, soms althans gedeeltelijke vergoeding toegekend, al handelde de dader zonder schuld. Volgens het Pruis. Landr. 1, 6 § 41v. moet de schade, door krankzinnigen of kinderen beneden de zeven jaar toegebracht, uit hun vermogen worden vergoed, voorzoover zij niet te verhalen is op personen, die met het toezicht over hen waren belast, of op hunne ouders; van die onmondigen kan overigens niet meer gevorderd worden dan het werkelijke nadeel, en altijd moet hun voldoende onderhoud overblijven. Deze regeling der aansprakelijkheid staat in verband met de berekening der vergoeding naarmate van den graad van schuld; bij opzet en grof verzuim is volle vergoeding verschuldigd, bij gewone of bij geringe nalatigheid alleen vergoeding van de werkelijke en onmiddellijke schade [2]).

---

[1]) Het is hier een dergelijk bezwaar als in het contractenrecht geldt tegen de Vertrouwenstheorie; al is de eischer teleurgesteld in zijn vertrouwen, dat geeft hem geen recht tegen den gedaagde, wanneer deze hem niet door eenigerlei verklaring grond gaf tot dat vertrouwen.

Van den anderen kant zou men kunnen zeggen, dat eene verbintenis wordt aangenomen zonder voldoenden grond voor het crediteurschap, waar aan de civiele partij een recht wordt gegeven op poena privata (hierboven bl. 150 v.); al bestaat daar eene verplichting, er is daarom nog geen grond voor een recht, nl. niet voor een privaatrecht.

[2]) Pr. Landr. I 5 § 285v. bij contracten, I 6 § 10v. bij ongeoorloofde handelingen; het onderscheid in de gevolgen van „mässiges" en „geringes Versehen" kunnen wij laten rusten.

Een minderen graad van schuld acht men bij den onmondige niet uitgesloten. Dergelijke bepalingen vinden wij ook in het Oostenrijksche wetboek [1]); wel wordt de regel gesteld, dat alleen schuld tot schadevergoeding verplicht, maar den rechter wordt de vrijheid gelaten in het algemeen naar billijkheid geheele of gedeeltelijke vergoeding toe te wijzen, met inachtneming van het bedrag van beider vermogen [2]). Ook bij het Zwits. Oblig.r. geeft § 58 den rechter, indien het hem billijk voorkomt, de bevoegdheid geheele of gedeeltelijke vergoeding toe te kennen bij schade, door niet toerekenbare personen toegebracht; hij is daarbij niet gebonden aan de regelen van het strafrecht (§ 59). Deze bepaling hangt samen met den algemeenen regel van § 51: Art und Grösse des Schadensersatzes wird durch richterliches Ermessen bestimmt in Würdigung sowohl der Umstände als der Grösse der Verschuldung; dergelijke Verschuldung is hier zeker niet absoluut uitgesloten. Maar bovendien laat zij zich verklaren uit den bij § 54 en § 55 gestelden regel, dat bij doodslag, lichamelijk letsel, en in het algemeen „bei ernstlicher Verletzung in seinen persönlichen Verhältnissen", de benadeelde of diens betrekkingen, ook afgezien van de bewijsbare schade, aanspraak kunnen maken op „eine angemessene Geldsumme"; die regel wordt vooral bij dolus en culpa gesteld, maar is daarom toch niet tot die gevallen beperkt. Men zou dan geneigd zijn eerder aan een Schmerzensgeld te denken, dat hier zou worden toegekend al is er in het geheel geen schuld [3]). Het ontwerp van het Duitsche Wetboek

---

[1]) Zie in hoofdstuk 30, handelende over schadevergoeding in het algemeen, § 1306v. Het stelsel is voor het overige eenvoudiger dan het Pruisische; § 1324 laat „bei böser Absicht oder auffallender Sorglosigkeit volle Genugthuung, in den übrigen Fällen nur die eigentliche Schadloshaltung" betalen.

[2]) Dit doet ons denken aan artt. 1406v. B. W., die echter nog verder gaan, door ook van den stand der partijen te spreken. Het Oostenrijksche wetboek bovendien bedoelt alleen een grond tot matiging te geven, wat volgens het onze niet het geval behoeft zijn.

[3]) Ook Stobbe § 200, n. 45 in f., acht het minder gepast het bedrag der vergoeding, zooals het naar het Zwitsersche recht berekend wordt,

heeft bij de tweede lezing een recht op schadevergoeding erkend ook zonder toerekenbaarheid. Bij de eerste lezing had men vastgehouden aan het beginsel, dat voor de aansprakelijkheid wegens schade schuld vereischt is, maar volgens de nieuwe § 752 wordt ook buiten opzet en nalatigheid de verplichting erkend „den Schaden insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen des Falles, insbesondere nach den Verhältnissen der Betheiligten, eine Schadloshaltung erfördert und ihm nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum standesmässigen Unterhalte sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten bedarf". Hetzelfde wordt in het tweede lid voor krankzinnigen en kinderen beneden de zeven jaar bepaald.

Wij vinden in deze wetgevingen, hoewel getemperd, het beginsel terug, dat in het algemeen in het Germaansche recht [1]) werd aangenomen: Wer unwillig gethan, muss willig zahlen; ook zij die zonder wil hebben gehandeld of die in noodweer schade hebben toegebracht, moeten deze vergoeden [2]). Door velen wordt dat beginsel nog verdedigd; zoo door Binding. Normen I, 2 bl. 471v.: Was der Mensch Schlimmes verursacht, mit oder ohne Schuld, muss er bessern. Hat er das Unglück gehabt etwa in der Geistesverwirrung fremde Sachen zu zerstören, so ist er doch Urheber des Schadens, hat fremde Rechte verletzt, und der Geschädigte ist immer noch viel unschuldiger als er. Das thätige Prinzip hat die Folgen seiner That zu tragen und nicht sein Opfer. Eveneens Bluntschli, Ges. f. d. Kant. Zürich

een schadevergoeding te noemen. Den naam „Privatstrafe" acht ik intusschen weêr te onbepaald.

[1]) De Fransche rechtsgeleerden stellen algemeen op den voorgrond, dat voor de toepasselijkheid van artt. 1382v. schuld vereischt wordt. Maar ofschoon zij in 't algemeen culpa levissima voldoende achten, zie hierboven bl. 15 n. 3, bij de bepaling van het bedrag der vergoeding brengen zij den graad der schuld in rekening. Zie bijv. het bij Laurent n. 466 aangehaalde geval: 30000 frs. waren geëischt door de weduwe en de kinderen van den verslagene, doch 2000 frs. werden toegekend, aangezien het ongeval het gevolg was van een licht verzuim, dat naderde tot toeval.

[2]) Heusler, Institutionen II, bl. 262v.

III, bl. 648: de „objektive Ausgleichung" van het nadeel is de hoofdzaak [1]). Zeker wordt daarmede de zin van de wetsbepaling, die den krankzinnige en het kind tot schadevergoeding verplicht, duidelijk weêrgegeven; maar ik kan niet inzien, dat daardoor die wetsbepaling verklaard is. Wanneer iemand niet gezegd kan worden door zijne handeling de schade veroorzaakt te hebben, maar hoogstens de aanleiding geweest te zijn van de benadeeling, dan zoude ik hem niet tot vergoeding verplicht willen zien [2]). Ook voor een gedeeltelijke vergoeding zie ik geen grond, noch hier, noch in andere gevallen. Door een dergelijke moderatie wordt voor den dader de mogelijke onrechtvaardigheid eener veroordeeling verminderd, maar niet weggenomen; en als de benadeelde wèl recht had, dan mag men hem niet een deel onthouden van hetgeen hem toekomt. Ik kan in het algemeen de moderatie bij de verbintenis tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad evenmin als bij die uit overeenkomst goedkeuren; wil de schuldeischer edelmoedig afstand doen van zijn recht, dat is een gunst, waarover alleen hij heeft te beslissen [3]). Daargelaten het geval dat men een soort van Schmerzensgeld zou willen toeleggen — waartegen overigens weêr andere bezwaren zouden te maken zijn — kan ik in een systeem van gedeeltelijke schadevergoeding alleen een halfheid zien; de schuldige dader moet volle vergoeding geven, de niet-schuldige moet niet verbonden zijn.

Men wijst ons op verscheidene voorbeelden van aansprakelijkheid zonder schuld of tot een beperkt bedrag, reeds uit het Romeinsche recht. De cautio damni infecti kan algemeen worden gevorderd, maar de eigenaar kan zich ontslaan door

[1]) Verg. ook Merkel, Encycl. 664—683. Gierke in zijne beoordeeling van het ontwerp, bl. 157, liet zich bijzonder sterk uit in dien geest. Anders Jhering in zijn Schuldmoment. Unger, Handeln auf eigene Gefahr, erkent de Haftung ohne Schuld slechts als uitzondering, bl. 131 en 138.

[2]) Dat, wanneer bij uitzondering een aansprakelijkheid zonder schuld erkend wordt, de verbintenis niet onder die uit ongeoorloofde handelingen, maar onder die uit de wet gebracht moet worden, is duidelijk; zie echter hieronder, bl. 168, over het Duitsche ontwerp.

[3]) Zie hierboven bl. 81.

het onroerend goed prijs te geven; men heeft hier de bepalingen gevolgd van de actio de pauperie, bij schade door dieren toegebracht (l. 7 § 1 D. 39.2), en van de actio noxalis; men achtte dat des te billijker, nu de eigenaar van het huis door het invallen daarvan zelf reeds veel schade lijdt. Intusschen moet men in het oog houden, dat bij de actio noxalis voor den eigenaar van den slaaf of voor den paterfamilias niet de verbintenis om de schade te vergoeden op den voorgrond stond; zijn verplichting bestond daarin dat hij den dader had uit te leveren, dien hij in zijn eigendom of in zijne potestas had. Die dader had de schade berokkend, en tegen hem trad de laesus op om herstel van de krenking te erlangen; het stond echter den eigenaar of den paterfamilias vrij zich van die uitlevering te ontslaan door de schade voor zijne rekening te nemen, maar verplicht was hij daartoe evenmin als eenige derde. Eveneens bij de schade, door dieren veroorzaakt; het is bekend dat bij de actio de pauperie het dier als de dader werd aangemerkt — als deelhebber aan het jus quod natura omnia animalia docuit [1]) — zoodat weder de eigenaar verplicht was het dier uit te leveren, tenzij hij mocht verkiezen de schade zelf te vergoeden. Een eigenlijke aansprakelijkheid, ook buiten schuld, maar tot een beperkt bedrag, heeft dus het Romeinsche recht in dergelijke gevallen niet bedoeld. Maar willen wij al toegeven, dat dit toch het resultaat was en dat dit dan ook het geval was bij het damnum infectum, dan ligt daarin zeker geene erkenning van de deugdelijkheid dier bepalingen, m. a. w. dan is daarmede nog niets uitgemaakt ten aanzien der stelling, dat het aannemen van een dergelijke aansprakelijkheid aanbeveling verdient [2]). Was er nalatigheid in het onderhoud van het gebouw of in het toezicht op het dier, dan behoort de eigenaar gehouden te zijn tot geheele vergoeding, en is er geene nalatigheid, dan behoort hij vrij te zijn. Onder onze tegenwoordige

[1]) Niet minder sterk was de gelijkstelling van dieren met menschen op het punt van onrechtmatige daden in het Germaansche recht.

[2]) Is het Romeinsche recht te prijzen, als het alleen eene actie toekende wanneer er een cautio was gevorderd (terwijl toch de buurman

wetgeving is echter de eigenaar van het gebouw aansprakelijk, en wel zonder eenige beperking, al is hem persoonlijk geene schuld te wijten (art. 1405); en hetzelfde geldt van den eigenaar van het dier of dengene die zich van hetzelve bedient (art. 1404). De bepaling komt overeen met die van art. 1403*c* over de verantwoordelijkheid voor de schade, door dienstboden en ondergeschikten veroorzaakt, en zij is misschien op soortgelijke practische gronden te verdedigen als bij de actie de ejectis aut effusis de aansprakelijkheid van den bewoner van het huis of van het vertrek, en die van de nautae, caupones en stabularii voor ontvreemding door hunne onderhoorigen [1]). Ik kan echter niet inzien, dat men daarom algemeen het vereischte van schuld zou mogen laten varen of buiten schuld een beperkte aansprakelijkheid zou hebben aan te nemen. Dat bij brievenvervoer en dergelijke contracten door de partijen of door den wetgever de garantie zoo wordt geregeld, dat het bedrag der vergoeding op een vast cijfer wordt bepaald en daarbij geene schuld behoeft te worden bewezen, is weder eene singulariteit, die weinig aan de juistheid van den regel kan afdoen.

Kunnen wij dus weinig gewicht hechten aan de aangevoerde voorbeelden, anders is het met de gronden, waarop de aansprakelijkheid zonder schuld, althans voor bepaalde gevallen bepleit wordt. Voornamelijk beroept men zich op het beginsel, dat wie de voordeelen eener zaak geniet ook haar lasten heeft te dragen. Voor hen, die de kracht van een betoog vooral in Romeinsche (of althans Latijnsche) rechtsregelen zoeken, wordt gewezen op algemeen bekende uitspraken, als:

---

misschien van de bouwvalligheid niets vermoedde) en dan nog den eigenaar het recht gaf zich door dien afstand te ontslaan? Domat, Loix civiles II, 8. Sect. 3, vatte de bepalingen eenigszins strenger op: on a tâché de tourner et accommoder à notre usage les règles du droit Romain, selon qu'elles peuvent s'y rapporter; trouwens reeds de Romeinsche praktijk (zie bv. l. 7 § 2 D. h. t.) had dien weg ingeslagen. Windscheid § 458, n. 3.

[1]) Misschien was ook de publicanus onbeperkt aansprakelijk voor delicten zijner onderhoorigen; Windscheid § 454, n. 15.

Cuius est commodum, eius et damnum esse debet, en: Casum sentit dominus; van een meer bepaalde strekking is l. 149 R. J.: Ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet [1]).

De regel, dat voordeel en nadeel moeten samengaan, kan hier weinig dienst doen; hij doelt op koop en op dergelijke gevallen, waarin iemand tegenover zijn debiteur een recht heeft op alles wat de verschuldigde zaak zal opleveren, maar dan ook de schade heeft te dragen, omdat het goed hem op zijne rekening is overgedragen; daarmede is niets gezegd omtrent eene aansprakelijkheid, die derden zouden kunnen inroepen. Evenmin is er bewijskracht gelegen in het: Casum sentit dominus; hiermede is enkel het feit uitgedrukt dat, tenzij er een grond is om de schade op iemand anders te verhalen, de eigenaar haar zelf zal hebben te dragen; het wil zelfs niet zeggen, dat dit rechtmatig is, maar nog minder, dat de eigenaar aan anderen de schade heeft te vergoeden, door zijne zaak te weeg gebracht. Stellig daarentegen spreekt l. 149 R. J.; intusschen is het de vraag, hoever Ulpianus dien regel wil doen reiken; hij is zeker toepasselijk op de actio noxalis, voorzoover men daar van aansprakelijkheid kan spreken van den eigenaar of van den paterfamilias (zie hierboven bl. 162); maar geldt zij ook voor schade, toegebracht door andere personen, ex quibus lucrum capimus?

Afgezien overigens van die Romeinsche regelen, wij vinden in ons recht uitdrukkelijk bepaald, dat „men verantwoordelijk is voor de schade, veroorzaakt door de daad van personen voor welke men aansprakelijk is, of door zaken welke men onder zijn opzigt heeft" (art. 1403*a*). Deze bepaling wijkt in zoover eenigszins van de genoemde Romeinsche regelen af, dat zij de verantwoordelijkheid niet in verband brengt met het door die personen of zaken aangebrachte voordeel; alleen art. 1404 beweegt zich in die richting, door de vergoeding van schade, door een dier veroorzaakt, ook op te leggen aan

---

[1]) Verg. ook l. 10 R. J. Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda.

hem „die zich van hetzelve bedient, zoolang hetzelve tot zijn gebruik verstrekt". De grond dier verantwoordelijkheid wordt gelegd in de aansprakelijkheid voor die daders of in het opzicht, dat men heeft over de zaken. In zijn Rapport au tribunat [1]) verklaarde Bertrand de Greuille omtrent de verantwoordelijkheid voor de zaken bij art. 1385 (1404 B. W.): dans la thèse générale rien de ce qui appartient à quelqu'un ne peut nuire impunément à un autre, maar tevens sprak hij van: le défaut de garde et de vigilance de la part du maître, evenzeer als van: la témérité, la maladresse ou le peu d'attention de celui qui s'est servi de l'animal. Ook bij art. 1386 (art. 1405 B. W.) verwees hij naar dat principe van het vorige artikel, maar weder met de bijvoeging dat de verantwoordelijkheid gegrond is op des meesters nalatigheid in het onderhoud of op de ongeschiktheid der door hem gebruikte werklieden. Daarmede zou dus eenige onzekerheid worden gelaten over de vraag, of de verantwoordelijkheid onvoorwaardelijk geldt; de wet zelve spreekt echter algemeen, en zij laat ook niet, als in art. 1403*e*, het bewijs toe van onschuld [2]); er is dus in dit geval een verplichting tot vergoeding, ook buiten schuld. Bij de verantwoordelijkheid voor andere personen wordt eene onderscheiding gemaakt; in sommige gevallen vervalt zij met het bewijs, dat men de daad niet heeft kunnen beletten (art. 1403*e*); voor „de meesters en degenen die anderen hebben aangesteld tot het waarnemen hunner zaken" (art. 1403*c*) geldt die bepaling niet. De meester is dus voor zijne onderhoorigen verantwoordelijk, ook al is hem geene schuld te wijten [3]). Men

---

[1]) Locré, Motifs V, bl. 263.

[2]) § 734 van het eerste Duitsche ontwerp stelde den houder van het dier voor culpa aansprakelijk; § 756 van het tweede ontwerp erkende een presumtie van schuld bij huisdieren, voor andere dieren was men altijd verantwoordelijk. Bij de derde lezing is dit bij wildschade weêr veranderd.

Dat bij het gebouw de schade moet ontstaan zijn door verzuim van onderhoud of door gebrekkige constructie, en niet bv. door een aardbeving, is duidelijk; anders is 't niet een schade, „door die zaak veroorzaakt". Maar of de eigenaar daaraan schuld heeft, is onverschillig.

[3]) § 710v. van het eerste Duitsche ontwerp legde de verplichting tot vergoeding alleen op bij culpa in inspiciendo of in eligendo; en dit

spreekt hier soms van vertegenwoordiging van den meester door den onderhoorige — wat toch eigenlijk eerder op contractshandelingen dan op onrechtmatige daden zou passen —, soms ook noemt men den onderhoorige het werktuig van den meester — hoewel dit dan toch een werktuig is van bijzonderen aard —, zeker zijn er voldoende practische gronden om hier den meester tot de schadevergoeding te verplichten [1]). Zooals Ulpianus het uitdrukt bij de actio de ejectis et effusis [2]), publice utile est sine metu et periculo per itinera commeari; in sommige gevallen kan de regel onbillijk werken, maar als hij niet gesteld was, zoude nog veel meer onbillijkheid bestaan [3]). Er is ook in zoover iets willekeurigs in de bepaling, als zij enkel ten aanzien van de onderhoorigen geldt, en dat — althans volgens de gewone leer — toch schuld van de onderhoorigen moet worden aangetoond.

Er is nog een ander geval, waarin de verplichting tot schadevergoeding wordt aangenomen, al is de gedaagde zon-

---

was te vreemder, nu § 224 2e lid de verplichting algemeen had gesteld, als het de uitvoering eener overeenkomst gold (verg. art. 1649 B. W.). § 754 van het tweede ontwerp gaat verder, maar neemt toch niet de onvoorwaardelijke verplichting aan. Verg. Unger bl. 69.

[1]) Verg. hierover het Proefschrift van Herman van Lennep, een onderzoek naar den rechtsgrond der aansprakelijkheid voor schade door ondergeschikten veroorzaakt. Amsterdam 1895.

[2]) L. 1 § 1 D. 9, 3.

[3]) Unger bl. 59 prijst hier de uitdrukking van Goldschmidt, Zschr. f. Hr. 16 bl. 338v.: er is hier botsing van belangen. Verklaart dit echter iets? Natuurlijk is voor beide partijen iets te zeggen; de benadeelde wil vergoeding hebben, en meent daarvoor den meester te kunnen aanspreken, maar deze acht dat onbillijk, nu hij toch niet voor alles kan waken. De vraag is echter: zal men den regel in het voordeel van den een of van den ander stellen? Juist Goldschmidt beslist in het belang van den schuldenaar, en Unger daarentegen in het belang van den eischer; de schuldenaar handelde toch „auf eigene Gefahr" bij het aannemen der onderhoorigen, zooals hij ook het voordeel heeft van hun behoorlijk handelen. Maar is dat een afdoende grond? Ik zou eerder willen aannemen, dat het een der verschillende overwegingen is om den regel, dien het nu eenmaal practisch is te stellen, in dien zin te bepalen.

der schuld, al is zelfs aan niemand eenige schuld te wijten. Bij zekere ondernemingen, die noodzakelijk algemeen gevaar medebrengen, bij de groote transport- en verkeersmiddelen, bij de uitgebreide industrieele inrichtingen, die meer en meer onze maatschappij van dienst zijn maar tevens allerlei onheil veroorzaken, blijkt het noodig den ondernemer onvoorwaardelijk te verplichten tot vergoeding van alle schade, door de onderneming en alles wat daarmede samenhangt veroorzaakt. Misschien maakt men zich de argumentatie soms al te gemakkelijk. „Wir sagen einfach: Er haftet: so will es der Verkehr und unser Gerechtigkeitsgefühl" [1]); maar dat gevoel kan ons op het dwaalspoor brengen, en wij zullen ook in zoover verstandig doen de motieven voor dat gevoel zooveel mogelijk na te gaan, als het toch noodig zal zijn de grenzen van den regel vast te stellen. Die gronden zijn echter ook hier weêr vooral van practischen aard. Het bewijs van schuld is voor den benadeelde moeilijk te leveren; dikwijls zelfs zouden ook de ondernemer en zijne onderhoorigen niet in staat zijn de oorzaken van het ongeval juist aan te wijzen; men zoude zelfs eerder van de onderneming, dan van den ondernemer als oorzaak van de schade kunnen spreken [2]). Dat echter in de meeste gevallen voldoende grond voor aansprakelijkheid bestaat, wordt als het ware algemeen gevoeld; de onderneming kan trouwens — ook indien het werkelijk ongevallen zijn, die de schade hebben veroorzaakt — deze op de rekening stellen van de noodzakelijke onkosten der onderneming, en dit staat zeker vast, nu er eenmaal een regel moet worden gesteld, leidt zeker deze regel van algemeene verantwoordelijkheid tot minder onbillijkheid dan het geval zou zijn wanneer de regel in een anderen zin werd gesteld [3]).

[1]) Prof. Mayer op den 17en Duitschen Juristentag II, bl. 127.

[2]) Merkel, Encycl. § 665: Weil die Unternehmung, welche die Schädigung herbeiführte, *seine* Unternehmung war, deren Kosten, gleichviel bei wem sie zunächst zur Erscheinung kommen, billiger Weise auf seine Rechnung zu setzen sind.

[3]) Het vermoeden van schuld is hier ongetwijfeld van veel gewicht; toch is men algemeen van gevoelen, dat de ondernemer de schade

Ongetwijfeld zijn er gevallen aan te wijzen, waarin de aansprakelijkheid voor schade moet worden aangenomen, ook buiten het geval van schuld. Wij merken daarbij intusschen in de eerste plaats op, dat er in dergelijke gevallen eerder sprake is van verbintenissen uit de wet dan van verbintenissen uit ongeoorloofde handelingen [1]). Het Duitsche ontwerp (eerste lezing: II, 3. Titel 2, tweede lezing: II, 7. Titel 26) behandelt onder het opschrift: Unerlaubte Handlungen, niet alleen de aansprakelijkheid wegens ongeoorloofde handelingen, maar ook die van den bewoner van het gebouw, waaruit iets is geworpen dat schade toebracht, die van den houder van het dier, en de verdere gevallen van dien aard, welke vooral bij de tweede lezing werden opgenomen. Eveneens het Pruisische Landrecht (I, 6) en het Zwitsersche Oblig.r. (T. I, 2). Wellicht geeft een dergelijke minder juiste voorstelling aanleiding tot het aannemen van aansprakelijkheid zonder dat daartoe voldoende grond bestaat; al is er geen delict, er is dan toch een toestand, die daarmede een zekere gelijkenis vertoont; er is toch een quasi-delict, en met dien quasi-

---

behoort te moeten vergoeden, al zou hij wellicht zijn onschuld kunnen bewijzen. Het is dus een vermoeden zonder tegenbewijs; en dit verklaart zich alleen op practische overwegingen. Welke die overwegingen zijn, moet de wetgever intusschen zoo zorgvuldig mogelijk onderzoeken; hij moet zich scherp afvragen, hoever hij den regel wil laten strekken. Noodig zal het in de eerste plaats zijn, de bepaalde ondernemingen aan te wijzen, welke onder dien eigenaardigen regel zullen vallen. Maar bovendien moet de regel zelf bepaald worden omschreven, b. v. de ongevallen, waarvoor de onderneming aansprakelijk wordt gesteld, de personen, die aanspraken kunnen doen gelden, het bedrag wellicht, waartoe de vergoeding beperkt zal worden. Ongetwijfeld is ook hier weder het gevaar zeer groot, dat het probleem eenzijdig, bevooroordeeld of zonder voldoende inzicht wordt opgevat; men loopt zoowel gevaar te veel als te weinig moed te betoonen. Dat het moeilijk is de juiste grens te vinden, leert ons o. a. onze Spoorwegwet.

[1]) Zie hierboven bl. 132 en 161 n. 2. Verg. ook Unger t. a. p. bl. 144v. Hij stelt eene algemeene indeeling voor in Geschäfts- en Schadensobligationen; de laatste hebben dan haar grond hetzij in ongeoorloofde handelingen, hetzij in andere, van subjectieve schuld onafhankelijke feiten, waaraan het objectieve recht dergelijke gevolgen verbindt.

Romeinschen kunstterm zou men dan kunnen meenen op vasten juridischen bodem te staan. Hoe dit echter moge zijn, er is een tweede punt, dat wij niet uit het oog hebben te verliezen, nl. dat voor elk geval van aansprakelijkheid buiten schuld voldoende gronden moeten kunnen worden aangewezen, voordat het recht er zijn zegel aan mag hechten. Het is werkelijk niet dan na velerlei aarzeling, en ten slotte nog met schroom, dat ik een zoo platte en nuchtere waarheid durf neêrschrijven als een opmerking van zeker gewicht. Maar ik acht het noodig, wanneer ik herhaaldelijk zie, hoe men zich hier met de zwakste argumenten tevreden stelt. Ik herinner bv. aan de redeneering, die wij hierboven (bl. 160) aantroffen bij Binding: der Geschädigte ist noch viel unschuldiger als der Urheber des Schadens; als men zich de moeite geeft een enkel oogenblik daarover door te denken, dan moet hare zwakheid wel in het oog vallen. Toch wordt zij telkens gebezigd, en waarlijk niet alleen door de dii minores [1]).

Het is echter maar al te waar, veel betere argumenten worden ons niet aangeboden, en wij moeten dus wel betwijfelen of zij aanwezig zijn. Men wil verantwoordelijkheid voor toeval; het toeval is ongetwijfeld anti-economisch, en het is zeer gewenscht zijne werking zooveel mogelijk te beperken; maar heeft men in dat opzicht iets gewonnen, door die werking op een ander over te dragen? Ook voor dezen is het weêr toeval, tenzij er eenige grond is waarom juist op hem die last wordt gelegd. Men beroept zich op de oud-Duitsche rechtsbeschouwingen (zie hierboven bl. 160); met Unger bl. 138 mag men echter zeggen: Im modernen Recht, welches am Schuldprinzip festhält, würde sich eine solche singuläre Bestimmung, wenn sie nicht anderweitig zu motiviren wäre, doch nur wie eine Ruine des älteren germanischen Rechtssystems ausnehmen, die in den modernen Rechtsbau in fremdartiger Weise herüberragt". De zaak wordt ons evenmin verklaard door de formule, dat hier de imputatio externa voldoende is,

[1]) Verg. over dit punt Unger t. a. p. bl. 5 n. 6. Zie ook mijn Verklaring van het B. W. III 1, bl. 157 noot.

dat naast het Schuldprinzip ook het Verursachungsprinzip grond tot vergoeding kan opleveren. Hetzelfde geldt ook van de redeneering, dat ieder als individu heeft in te staan voor al hetgeen uitvloeisel is van zijne individualiteit. Bij dat alles heeft men bovendien het bezwaar, dat men allicht meer bewijst dan men zelf wel geneigd zal zijn aan te nemen; het is althans te betwijfelen, of men die aansprakelijkheid voor alle gevallen van door toeval veroorzaakte schade wil erkennen. Er zijn dergelijke gevallen, maar zij zullen toch wel als uitzonderingen zijn op te vatten; de conclusie, dat zij eenvoudig toepassingen zouden zijn van een algemeenen regel, ware zeker al te gewaagd.

Meer schijnt te zeggen voor de opvatting, dat het hier een zedelijkheidsverplichting is, een plicht van humaniteit en van fatsoen; de wetgever behoort die Gewissenspflicht tot Rechtspflicht te verheffen [1]). Intusschen, er moeten dan toch afdoende gronden bestaan, waarom de wetgever juist deze moreele verplichting als een wettelijke verplichting zal erkennen [2]). Ik mag hierbij wijzen op het reeds hierboven (bl. 69v.) betoogde, dat nl. de wetgever verstandig zal doen, wanneer hij zijne eischen minder streng en tevens meer bepaald stelt dan de moraal; een rechtspraak naar zulke regelen zoude onberekenbaar zijn. Moraal, en hare meer wereldsche zuster: betamelijkheid of fatsoen, zullen zeker in menig geval met meer of minder mildheid ondersteuning bieden, waar het recht meent niets te kunnen vorderen. Zelfs is er geen eigenlijke grond aan te wijzen om hierbij eenige grens ten aanzien der verschillende personen te stellen; ieder behoort bereid te zijn den evenmensch te steunen en te helpen, al is er geen imputatio, hetzij interna of externa; als eenige beperking kan daarbij gelden, dat men zijn hulp verleent waar men daartoe de gelegenheid heeft, dat ieder doet wat juist zijne hand vindt te doen. Unger, t. a. p. bl. 140 [3]), meent de overdracht van

---

[1]) Zoo wil Steinbach, hierboven op bl. 12 n. 1 aangehaald.

[2]) Verg. ook Unger bl. 139.

[3]) In Grünhut's Zeitschrift VIII, bl. 229v. was hij nog van een andere meening; hij erkende alleen een zedelijke verplichting, ofschoon

den last der schade te kunnen verklaren uit de verhouding van de wederzijdsche vermogenstoestanden; de schade, zonder schuld van een der partijen ontstaan, moet gedragen worden door hem, die daartoe het best in staat is; „es entspricht dem humanen Zug der modernen Zeit, welche es als eine Aufgabe des Staates erkennt, dem wirthschaftlich Schwächeren nach Kräften zu helfen und auch auf dem Gebiete des Privatrechts, soweit es eben angeht und passend erscheint, den Grundsatz zu verwirklichen: richesse oblige". Ik moet erkennen tegen de toepassing van dit beginsel op het gebied van het privaatrecht in het algemeen bezwaar te hebben; bij een quaestie over erfrecht of eigendom zal de rechter hebben uit te maken, wien het litigieuse recht toekomt, zonder te vragen wie er de meeste behoefte aan heeft; bij een verbintenis uit overeenkomst zal hij den schuldenaar hebben te veroordeelen, onverschillig of de betaling dezen moeite zal kosten, en hij zal ook niet tot meer dan het verschuldigde veroordeelen, al zou de schuldenaar gemakkelijk veel meer kunnen geven en de schuldeischer daarmede bijzonder goed gediend zijn. Met instemming wordt Bluntschli's stelling aangehaald: Es handelt sich hier um objektive Ausgleichung. Maar dit is het juist, wat ik betwijfel; het probleem is niet eenvoudig, wat moet de benadeelde ontvangen, maar eveneens, wien kan men in billijkheid de verplichting opleggen om de schade van hem over te nemen. Waarom trouwens de verplichting bepaald opgelegd aan dien richard, die (onschuldige) oorzaak was van de schade? Waarom niet aan hem, die misschien de naaste buurman was van den benadeelde, waarom niet aan den eerste den beste? Wanneer nu toch uit de verschillende vermogende personen een bepaald man wordt uitgekozen, dan moet daartoe een bijzondere grond bestaan, maar die grond moet dan ook worden aangewezen; zonder dat blijft de verklaring weder onbevredigend [1]). Dat op het

---

hij het wenschelijk achtte dat bijv. bij schade, door onmondigen toegebracht, hun vertegenwoordiger bevoegd zoude zijn vergoeding te geven.

[1]) Unger bl. 140 n. 18 komt op tegen een bezwaar, door hem vroeger zelf geopperd, nl. dat bij de tegula quae cecidit (l. 5 § 2 D.

terrein van het staatsrecht Unger's spreuk van hooge beteekenis is, ligt voor de hand; daarbij is dan echter de richesse, de „ökonomische Tragfähigkeit", de algemeene grond om offers te moeten brengen voor de gemeenschap en al hare leden.

Ik herhaal, eene verplichting tot vergoeding van schade, ook buiten schuld, is in vele gevallen gewenscht. Het verbintenissenrecht is in velerlei opzicht onvolledig, ook op dit punt van het terrein der verbintenissen uit de wet. Er is echter gevaar, dat de regelen te algemeen worden gesteld, en dat zij dan in de praktijk zullen blijken niet te kunnen voldoen.

Unger herinnert op bl. 130 aan de „Kompromissnatur des Rechts, welche eine rein logische und denkfolgerechte Entwicklung nicht zulässt, sondern den mannichfach verschlungenen Bedürfnissen und Interessen des sich nicht immer in gerader Linie fortbewegenden Lebens zu entsprechen sucht"; maar de vraag is, welk compromis wij hier hebben te maken. Zeer juist merkt hij daarbij op: „dieses *objektive* Schadenersatzprinzip, welches nach Geltung im positiven Rechte ringt, kann sich dieselbe nur schrittweise von Fall zu Fall erkämpfen". Maar is het dan niet voorbarig nu reeds algemeene beginselen te willen vaststellen? Meer dan algemeenheden worden ons eigenlijk niet aangeboden. Men pleegt hier te spreken van botsing van belangen [1]), en dat woord zou allicht tot de voor-

---

9. 2) ook geen onderscheid werd gemaakt, of de eigenaar van het huis een rijk man was of niet. Hij zegt, in dat geval was er zelfs geene imputatio externa, en bovendien zou minder te hechten zijn aan Consequenz-macherei dan aan de bevrediging van de practische behoeften. Het vroegere betoog schijnt mij intusschen meer indruk te kunnen maken dan de daarna gemaakte bestrijding.

[1]) Verg. Dr. R. Merkel, die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen, Strassburg 1895, en de beoordeeling daarvan door von Blume in Krit. Vierteljschr. 1896, bl. 199v. Zie ook A. Merkel. Encycl. § 680v. en in Jahrb. f. Dogm. 31 bl. 38, en Unger passim. R. Merkel zelf werkt met het Prinzip des aktiven Interesses: wie zijn Interesse door zijne handelingen geldig maakt ten nadeele van eens anders Interesse, draagt de schade, „die innerhalb seiner Machtsphäre eintritt". Hij eischt dus een handeling, maar laat ons toch eenigszins in het duister over de

stelling kunnen leiden dat reeds de aansprakelijkheid in beginsel vaststaat, zoodat nog alleen hare grenzen zouden moeten worden aangewezen. Maar zelfs zoover zijn wij nog niet; wij erkennen dat er aansprakelijkheid zonder schuld kan bestaan, doch de grond dier aansprakelijkheid moet worden aangegeven voordat wij haar kunnen aannemen. Dat die grond niet streng logisch behoeft te zijn, vereischt geen betoog; dat is trouwens in het privaatrecht geenszins een zeldzaam verschijnsel. Von Blume [1]) drukt ons op het hart: Nicht consequent sein gilt es hier für den Gesetzgeber, sondern es gilt, dem Rechtsgefühl im Volke auf seinen verschlungenen Wegen nachzugehen, die Imponderabilien des Rechtslebens zu wägen; maar daarbij is het tweede, het positieve deel van dien raad wel het gewichtigste, en toch bij de beslissingen, door v. B. zelf gegeven, wordt het ons niet volkomen duidelijk, hoe die raad ons van dienst kan zijn. Vergoeding van schade wil hij toekennen bij het instorten van een huis, niet bij het afwaaien van een tak; wèl moet de vader de schade betalen, door het kind aangericht, maar geen vergoeding is verschuldigd als de schade door het uitglijden van den dader is veroorzaakt [2]); wèl zal de onschuldig veroordeelde, niet daarentegen de onschuldig aangehoudene aanspraak mogen maken op schadeloosstelling [3]);

vraag, of de regel nu algemeen geldt voor alle handelingen. Op de gewone gevallen wordt die regel toegepast, maar in het bijzonder ook bij Nothstand; de reden daarvan wordt ons evenwel niet duidelijk gemaakt. Bij de tweede lezing van het Duitsche ontwerp legt § 746*b* bij Nothstand de verplichting tot schadevergoeding op; de zaakbeschadiging echter is in dat geval volgens § 192 niet wederrechtelijk en geene vergoeding is dan verschuldigd. Von Blume ziet den grond voor de verplichting in het rechtsgevoel; hij vraagt naar het überwiegende Interesse en haalt daarbij nog den regel aan, dat niemand zich mag verrijken ten koste van een ander. Dat het geval niet gemakkelijk te beslissen is, blijkt uit het verschil in meening tusschen de schrijvers; men zie bv. Unger bl. 24v. en Windscheid § 455 n. 11.

[1]) T. a. p. bl. 205.

[2]) Verg. ook de beslissing van Diephuis omtrent dit geval, hierboven bl. 40 n. 1.

[3]) Verg. Unger bl. 97v. en bl. 130v.; hij meent die onderscheiding op utiliteitsgronden te moeten maken.

wèl zal betaling mogen worden gevorderd voor het zieke dier dat op bevel van de overheid is afgemaakt, niet voor de desinfectie van het huisraad, op zulk een bevel gedaan na een besmettelijke ziekte. Von Blume zelf noemt het eene „unfertige Materie"; juist daarom zoude ik ons gaarne in de gelegenheid gesteld zien de beslissingen eenigszins na te rekenen. Hoe weegt men dan hier die „Imponderabilien des Rechtslebens"? Men antwoordt, het rechtsgevoel kan ons leiden; maar dit blijkt ook hier weder niet altijd even helder te zijn. Schade, toegebracht door wild, moest volgens § 758 van het tweede Duitsche ontwerp onbepaald worden vergoed (verg. hierboven bl. 165 n. 2), die door huisdieren volgens § 756 behoudens het bewijs dat men met de noodige voorzichtigheid heeft gehandeld. V. B. bl. 211v. schijnt zich daarmede niet te kunnen vereenigen. Hij stelt in het algemeen den regel op, dat alleen het ongewone moet worden vergoed [1]). Daarom wil hij bij schade, door dieren veroorzaakt, onderscheiden [2]). De eigenaar van den hond, die gebeten heeft, is aansprakelijk; dat schijnt dus als iets ongewoons te moeten worden opgevat; niet aansprakelijk is daarentegen de eigenaar van den os, die gestooten heeft, — althans niet als dit plaats heeft op het land; immers de boer die daardoor nadeel lijdt, „wird den Schaden auf Rechnung des Lebens in seiner Gemeinschaft setzen; ist er aber ein Städter, so ist eben nicht der Ochse in seine „Sphäre" eingebrochen, sondern er in die Sphäre des Ochsen". Anders

[1]) Volgens hem is dit ook de eigenlijke grond voor vergoeding bij bij onteigening: de onteigende is ook zelf lid van de gemeenschap en mede ten zijnen nutte wordt onteigend, maar bij onteigening worden gewoonlijk slechts enkelen getroffen, en daarom kan men wel de vergoeding toekennen: „Das Gerechtigkeitsgefühl stellt also gerade seine Wahrscheinlichkeitsrechnung an". De onteigende zal vermoedelijk niet denken, dat er zoo weinig voor hem te zeggen valt.

[2]) Hij meent dat de Romeinen reeds dien weg waren opgegaan, door die schade alleen te laten vergoeden als zij contra naturam van het dier werd toegebracht; wij zagen intusschen hierboven bl. 162, dat dit zijn grond had in de eigenaardige opvatting, alsof eigenlijk het dier de dader was. Intusschen aan die beschouwing is hijzelf niet vreemd, als hij bv. spreekt van: die Sphäre des Ochsen.

natuurlijk weder, als de os in de stad komt; hij is dan „aus seiner Sphäre herausgetreten, wie mir mein Rechtsgefühl sagt"; intusschen als de voornoemde os den knecht stoot, dan is de meester aansprakelijk, want de knecht is in diens Herrschaftssphäre. Ik wil niet tegenspreken, het wordt hier een harmonie der sferen, die niet zonder bekoorlijkheid is; maar de aangevoerde voorbeelden zelve toonen het aan, hoe moeilijk daarbij alles in de bijzondere practische gevallen is na te rekenen.

Reeds het feit overigens, dat de voorstanders van de verplichting tot schadevergoeding buiten schuld de vergoeding veelal slechts met zekere beperking willen toekennen, geeft te denken. Zij blijken dus meer een tegemoetkoming te bedoelen, dan een eigenlijke schadevergoeding; iets dergelijks als bij het Schmerzensgeld [1]). Maar ook zulk een tegemoetkoming, al is zij zeker voor den laedens gemakkelijker te dragen, en de onbillijkheid minder groot, meen ik dat niet mag worden opgelegd zonder voldoenden grond. Er kan sprake zijn van verdeeling van de schade, wanneer er eenigerlei gemeenschap bestaat [2]); maar hier is 't een quaestie tusschen twee personen, die alleen door deze gebeurtenis met elkander in betrekking geraken. Het deelen zou eigenlijk zijn een doorhakken van de moeilijkheid, zooals wij dat bv. ook zien bij den op eens anders grond gevonden schat en in het Romeinsche recht in het geval van Parthenius (§ 4 Inst. 2.15, cf. Gaius II § 177); maar in dergelijke gevallen is voor beiden veel te zeggen, terwijl hier nog moet worden uitgemaakt dat de benadeelde eenigerlei aanspraak tegen den ander kon doen gelden.

Men wil aan de actie uit onrechtmatige daad op verschillende wijze meer beteekenis toekennen dan m. i. geoorloofd en wenschelijk is. In menig geval intusschen is dat onnoodig; het verbintenissenrecht biedt andere middelen aan tot herstel, en wanneer allicht in het positieve recht geen hulp te vinden

---

[1]) Zie hierboven bl. 159v.

[2]) Gierke, Genossenschaft I, 229.

is, dan kan het zijn dat dit op andere punten van het verbintenissenrecht behoort te worden aangevuld. Wel moeten wij erkennen, dat de wet niet altijd even helder is bij de groepeering der verbintenissen naar haar verschillenden grond, en wel blijkt ook de wetenschap soms geneigd die onderscheiding te verwaarloozen; maar het is zeker gepast zooveel mogelijk te onderscheiden wat in wezen verschillend is. Ook op practische gronden kan dit wenschelijk zijn; onderscheidene middelen kunnen leiden tot hetzelfde doel, nl. herstel van het nadeel, maar de omvang der verschillende verbintenissen is niet altijd dezelfde [1]).

Dat het contractenrecht dikwijls hulp kan bieden, waren wij reeds meermalen in de gelegenheid op te merken. Zoo zal de schade, door den arbeider in de uitoefening van het bedrijf geleden, door den patroon moeten worden gedragen; al is dit niet bij de overeenkomst bedongen, de strekking van het dienstcontract brengt het mede. Het is hier zeker een dier gevallen, waarin het de taak des wetgevers is het recht te bevestigen en op sommige punten nader uit te werken; maar daarbij heeft hij niet meer te doen dan de lijn te volgen, reeds door het Romeinsche recht aangewezen, dat immers bleek niet te schromen nieuwe regelingen te stellen, waar bijzondere omstandigheden dit vorderden. Wij denken hier bepaaldelijk aan de groote menigten, die in onze uitgebreide industrieele ondernemingen, wij mogen bijna zeggen dienstbaar zijn; wij kunnen roemen, dat de slavernij en eveneens de hoorigheid is vervallen, maar al te veel worden wij hier toch aan die vroegere toestanden herinnerd. De remedie schijnt intusschen in dit geval gevonden te kunnen worden in eene breedere opvatting van het dienstcontract en van de verplichtingen des ondernemers tegenover zijne onderhoorigen.

[1]) Het inroepen eener verbintenis uit overeenkomst kan voordeeliger zijn, daar art. 1280 het bewijs der bevrijdende oorzaak aan den schuldenaar oplegt, wat bij de verbintenis uit onrechtmatige daad niet gezegd is. Van den anderen kant kan het minder voordeelig zijn, daar art. 1283 een zekere moderatie toepast, welke ons recht bij de verbintenis uit onrechtmatige daad niet aanneemt.

De overtuiging wint veld, dat er hier wel een huur en verhuur van diensten is aangegaan, maar dat dan met die diensten als het ware de geheele persoonlijkheid van den arbeider wordt in beslag genomen, en dat tegenover die diensten niet eenvoudig de verplichting staat om een zeker bedrag van loon te betalen, in evenredigheid van den te leveren arbeid, maar om algemeen in het onderhoud van den arbeider te voorzien. Reeds bij het dienstbodenrecht heeft men een dergelijke betrekking, maar hier is het meer; het is hier als eene hoorigheid, doch zonder haar gebreken. Zoo staat althans in beginsel de verplichting vast om ook in slechte tijden onderhoud te verschaffen, en om den arbeider te steunen ook waar hij niet meer in staat is zijn diensten te presteeren. Het ligt voor de hand, dat het bepalen van den omvang en van de voorwaarden dier verplichting — zooals de uitwerking van het dienstcontract in het algemeen — nog velerlei moeilijkheid kan opleveren; maar met dit beginsel hebben wij althans vasten grond onder onze voeten. In het bijzonder geldt dit ook ten aanzien van de verantwoordelijkheid des ondernemers voor de ongelukken, die het bedrijf ten gevolge kan hebben. Reeds de Romeinen vatten in het algemeen de verplichtingen van den schuldenaar met meerdere strengheid op, wanneer men niet anders kan dan zijne zaken aan dien schuldenaar overlaten; hoeveel te meer moet dit niet gelden, waar men zijn geheele persoonlijkheid overgeeft? Al is het misschien te veel beweerd door Sainctelette, dat de patroon zich verbonden heeft den werkman sain et sauf weêr af te leveren, en alleen ontslagen is als hij kan bewijzen door overmacht of toeval verhinderd te zijn die verbintenis na te komen [1]), afdoende pleiten toch practische gronden voor het stellen van eene algemeene aansprakelijkheid; niet enkel Unfallhaftpflicht met allerlei quaestie over bewijs, maar Unfallversicherung moet worden aangenomen. De patroon is ongetwijfeld verplicht voor de veilige inrichting van den arbeid alle mogelijke zorg te dragen; en deze verplichting mag te strenger worden op-

[1]) Zie hierover Drucker in Rgel. Mag. 1887 bl. 86.

gevat, naarmate zijn gezag grooter en de arbeider meer lijdelijk is. Bij de groote industrie is de arbeider dikwijls onbekend met de gevaren, waaraan hij is blootgesteld, en hij heeft het althans weinig in zijn macht die gevaren te ontgaan. De verplichting tot vergoeding uit te sluiten, als de arbeider met de gevaren van het werk volkomen bekend was [1]), is daarom niet geraden; en de vrijheid te laten om anders te bedingen is bedenkelijk, daar anders van den regel in de praktijk vermoedelijk weinig zou overblijven. Een stellige regel moet worden aangenomen voor deze aansprakelijkheid, evenals voor de aansprakelijkheid bij schade, aan vreemden door de onderneming toegebracht [2]); de regel kan in sommige gevallen onbillijkheden ten gevolge hebben, maar nog grooter ware het gevaar voor onbillijkheid, als men zulk een regel niet stelde; dergelijke schade moet ook weêr als een algemeene last voor de onderneming worden beschouwd. De regel evenwel behoort juist te worden omschreven. In de eerste plaats moet worden aangewezen, in welke gevallen van het arbeidscontract hij toepasselijk zal zijn. Niet bij elke overeenkomst toch, waarbij de een zijn arbeid, de ander loon in eenigerlei vorm belooft te geven, is er reden den eerste ten koste van den andere te begunstigen [3]); er moet bepaalde reden bestaan om den arbeider te beschermen wegens zijne afhankelijkheid van den patroon bij het aangaan of bij de uitvoering der overeenkomst. Bovendien moet worden aangewezen, waartoe de patroon in het geval van schade gehouden zal zijn; bij zulk een dienstcontract, waarbij de meester om zoo te zeggen den arbeider voor zijne rekening neemt, zal zijne verplichting tot vergoeding wegens ongevallen verband hebben te houden met die eigenaardige rechtsbetrekking tusschen de beide partijen; ook in dit opzicht zal men het verschil in wezen tusschen de verschillende gevallen van het arbeidscontract in het oog moeten houden. Dat men beter doet van de gewone regelen niet af te wijken zonder voldoenden grond, en dat

[1]) Zie b.v. Laurent n. 466.

[2]) Zie hierboven bl. 167.

[3]) Verg. wat reeds hierboven op bl. 134 daaromtrent werd opgemerkt.

ook hier weder vooral inductief moet worden gehandeld, is m. i. duidelijk.

Eveneens is de aansprakelijkheid van den ondernemer van vervoermiddelen voor schade aan de vervoerde personen of goederen als een gevolg van de gesloten overeenkomst te beschouwen [1]). De bijzondere strengheid der verplichting verklaart zich weder uit de eigenaardige omstandigheden, waarin de contracteerende partijen verkeeren [2]). Voor de schade, door de beambten geleden, is de ondernemer ten gevolge van het dienstcontract aansprakelijk.

Dat schade, toegebracht door het geven van verkeerden raad of door onjuiste inlichtingen, in vele gevallen ook op grond van eene overeenkomst moet worden vergoed, behoeft geen betoog; men denke b.v. aan informatiën, door een informatiebureau verstrekt; eveneens kan met eene verklaring omtrent de soliditeit van een derde (mits „uitdrukkelijk", art. 1861) een borgtocht zijn aangegaan. Het kan noodig zijn dit in het oog te houden bij de vraag, in hoever bij dergelijke gevallen art. 1401 toepasselijk is [3]); naast de mogelijk-

[1]) Verg. Mr. Karsten in Themis 1873, bl. 394. De H. R. had bij arrest van 25 Oct. 1872, W. 3525, aangenomen dat, nu art. 91 alleen spreekt van „de schaden aan de goederen overgekomen", geen recht op verdere vergoeding bestaat tegen den voerman of schipper, en dat het de wet is, die algemeen aan den geadresseerde die vordering toekent. In W. 3391 verklaarde Mr. Pinner, het was de „krachtens een uitdrukkelijke bepaling der wet als den eenigen rechtsgrond" op hen rustende verplichting tot het presteeren van custodia. Het hof van Arnhem, 12 Juni 1895 W. 6739, besliste, dat tusschen den geconsigneerde en den vervoerder eene verbintenis uit de wet bestond, onafhankelijk van overeenkomst.

[2]) Over de beteekenis van Custodia in het Romeinsche recht bestaat eenig verschil van meening, dat wij hier ter zijde kunnen laten; zie b.v. Baron, Pand. § 237 en Arch. f. d. civil. Pr. 52 bl. 44—95, Windscheid § 264 n. 9 en § 384 n. 6. Als vaststaande mag echter worden aangenomen, dat nautae, caupones en stabularii, al hadden zij geen salvum fore op zich genomen, toch in het classieke recht geacht werden op die wijze zich voor de opgenomen goederen, de recepta, te hebben verbonden.

[3]) Zie hierboven bl. 82 n. 4 en 103.

heid eener actie uit art. 1401 mag ook aan die eener actie uit overeenkomst worden gedacht [1]).

Er zouden nog vele voorbeelden genoemd kunnen worden, waarin de hulp minder bij de verbintenissen uit onrechtmatige daad dan in het overeenkomstenrecht te zoeken is. Dat ook dit contractenrecht op vele punten onvoldoende is voor de behoeften onzer bestaande maatschappij, is maar al te waar; doch op dat onderwerp kunnen wij hier niet nader ingaan. Alleen willen wij opmerken, dat op dit gebied weder het gewone gevaar van eenzijdigheid dreigt; en hier wordt die eenzijdigheid nog in de hand gewerkt door de sleur van formulieren, die veelal aan de zijde van eene der partijen en in haar belang worden opgemaakt.

Vooral op het gebied van de verbintenis uit de wet is het verbintenissenrecht verwaarloosd, maar ook op dat gebied moet geen te groote plaats worden aangewezen aan de verbintenis uit onrechtmatige daad. Wij hebben het reeds opgemerkt [2]), dat in de verschillende gevallen, waarin men aansprakelijkheid voor schade buiten schuld meent te mogen erkennen, de verbintenis eerder op de wet alleen dan op een delict berust.

Op een bijzonderen grond van aansprakelijkheid tot delging van schade, ook buiten het geval van delict, wensch ik nog een enkele opmerking te maken. Men meent soms grond voor eene verplichting tot herstel der schade daarin te vinden, dat het nadeel van den een den ander voordeel heeft bezorgd; die verrijking, meent men, moet worden afgegeven, en daarmede zoude de benadeelde dan althans gedeeltelijk vergoeding erlangen. Zelfs schijnt men wel geneigd te zijn op grond van verrijking een verplichting tot volledige vergoeding op te leggen [3]), of ook wel het begrip van verrijking zeer ruim te

[1]) Zoo in het op bl. 82 n. 4 genoemde geval van Merkel, dat aan een deskundige raad is gevraagd; m. i. is dan minder te hechten aan „de geistige Abhängigkeit" dan aan de aangegane overeenkomst.

[2]) Zie hierboven bl. 168v.

[3]) Ik bedoel hiermede regelen als die van l. 149 R. J. (zie hierboven

willen stellen [1]). Al zijn het dan eigenlijk verschillende gronden, er bestaat daartusschen toch een zekere samenhang, en onwillekeurig blijken zij elkander eenigszins te steunen. Hoe dit overigens moge zijn, de bedoelde regel zoude ook voor ons onderwerp beteekenis kunnen hebben. Dat het een plicht der moraal is, wanneer men zich ten koste van een ander verrijkt heeft, de gelijkheid te herstellen, merkten wij reeds op bij de bespreking van de canonieke leer omtrent de aequitas bij de overeenkomsten [2]); bij de ruimere opvatting van het begrip van ongeoorloofde handelingen zou dus art. 1401 hier van toepassing kunnen zijn. Maar ook wanneer men art. 1401 niet van toepassing acht, zou men hier ook kunnen denken aan eene algemeene verbintenis uit de wet tot teruggave van alle voordeel, ten koste van anderen behaald.

Wij vinden intusschen eene dergelijke verplichting hoogstens als een beginsel, geenszins als een algemeenen rechtsregel vermeld [3]). Pomponius in l. 14 D. 12.6 noemt het: na-

---

bl. 164) en de redeneeringen als van Mataja (zie bl. 70 n. 2). Bij de Fransche juristen vindt men bij betaling aan een negotiorum gestor (zie art. 1239 C. c. en 1421 B. W. in f. en hieronder bl. 184 n. 2) veelal verwezen naar de Romeinsche beginselen over het: in rem versum; maar niet alleen dat dit doelde op het bijzondere geval van aansprakelijkheid van vader of eigenaar voor de handelingen van filiusfamilias of slaaf, het was bij dat in rem versum een beperkte aansprakelijkheid en in het geval van art. 1239 is de handeling geheel geldig.

[1]) Von Blume bl. 208 b. v. voert den regel, dat niemand zich op kosten van anderen verrijken mag, ook aan bij den Nothstand. Zie hierboven bl. 173 noot.

[2]) Zie hierboven bl. 117v.

[3]) Windscheid § 421 n. 1.

Omtrent de verplichting van den hoofdschuldenaar om aan den borg het voor hem betaalde te vergoeden, zegt Opzoomer XI bl. 154v. terecht: „dat gij (de hoofdschuldenaar) bevoordeeld zijt uit mijn vermogen en dat daarbij volstrekt niet gebleken is van mijn wil om u voor goed te bevoordeelen, dat is geenszins voldoende om mij tegen u het recht te geven tot opeisching van het door u genoten voordeel. Slechts dan kan ik dat recht bezitten, wanneer gij op onrechtmatige wijze uit

tura aequum neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem; maar in l. 206 R. J. bepaalt hij het nader als: cum alterius detrimento et injuria. Nu moet toch zeker erkend worden dat, indien er eenmaal blijkt met injuria gehandeld te zijn, de billijkheid geheel herstel van het aangedane onrecht eischt; afgifte van de verrijking zal dan niet voldoende zijn, tenzij toevallig die afgifte met het herstel der schade gelijkstaat. Het is waar, wij vinden soms gevallen, waarin de schadevergoeding bij injuria tot die maat van de verrijking beperkt werd, maar ik betwijfel of wij verstandig zouden doen daarbij het Romeinsche voorbeeld te volgen. In de eerste plaats denken wij hier aan de aansprakelijkheid der erfgenamen voor het delict van den erflater; dat de strafactie niet tegen hen mag overgaan, is duidelijk, maar voor de beperking der vergoedingsactie bestaat evenmin grond als voor eene beperking van hunne verbintenis uit overeenkomst [1]). Eveneens erkende de praetor bij allerlei delictsactiën, waarbij de verbintenis tot geheele vergoeding slechts binnen zekeren tijd konde worden gevorderd, een blijvende verplichting tot afgifte van het verkregen voordeel; het praktische nut van het stellen van dergelijke termijnen moest daardoor echter voor een groot deel verloren gaan. Meer is te zeggen voor een ander geval. Soms wordt eene aansprakelijkheid van den gedaagde ten beloope van hetgeen „ad eum pervenit" vermeld bij een delict, door een vertegenwoordiger en alleen met dolus van dezen gepleegd [2]); de vertegenwoordigde is dan voor dat bedrag

mijn vermogen bevoordeeld zijt of wanneer er tusschen u en mij een in rechten geldige band bestaat".

Met Opzoomer's toepassing van die redeneering op borgtocht kan ik mij echter niet geheel vereenigen. Hij kent den borg verhaal toe krachtens lastgeving of zaakwaarneming, maar meent dat dus een actie uit dien hoofde niet zou kunnen gelden als de borg zich verbonden en betaald had tegen den wil van den hoofdschuldenaar (cf. l. 40 D. 17. 1). Doch art. 1876 kent de actie algemeen toe; wij hebben dus eene verbintenis uit de wet, berustende op het beginsel van het Non locupletari.

[1]) Zie hierboven bl. 155 n. 1.

[2]) Zie b.v. l. 10 § 5 D. 42. 8.

verbonden door de wet, en het zou ongetwijfeld overweging kunnen verdienen een dergelijken regel algemeen bij de verbintenissen uit onrechtmatige daad aan te nemen.

Is er door den gedaagde geen bepaald onrecht aangedaan, is er verrijking enkel cum alterius detrimento, dan kan zeker een verplichting tot afgifte van die verrijking billijk zijn. De eischer is waarschijnlijk daarmede niet eigenlijk tevreden gesteld; het is er hem niet om te doen, als 't ware uit wangunst, den gedaagde iets te ontnemen; hij zoude het nadeel wel ten volle hersteld willen zien. Maar nu er geen grond bestaat den gedaagde daartoe te verplichten, nu kan toch de billijkheid medebrengen dat hij althans het verkregen voordeel zal afgeven; nec videtur injuria affici cum lucrum extorqueatur (l. 6 § 11 D. 42.8). Op dit beginsel heeft het Romeinsche recht in verscheidene gevallen eene actie gegrond, en wellicht ware langs dien weg nog meer te bereiken. In de eerste plaats is het zeker gewenscht de leer der condictio sine causa meer afdoende te regelen [1]); in het Ontwerp van 1820 werd de Onverschuldigde baattrekking in eene afzonderlijke afdeeling behandeld (artt, 2981—2993) naast die over de Onverschuldigde betaling (artt. 2994—3013), maar het staat niet vast of onze wetgever, die den Code civil weder op dit punt volgde, bij de bepaling van art. 1395*b* ook bedoelde de

[1]) Ik volg hierbij de gebruikelijke systematiseering, die de condictio sine causa betitelt als: de onrechtmatige verrijking; zie b.v. Drucker's Handboek § 203, Windscheid § 421v. Het is echter duidelijk, dat dit geval niet geheel valt onder het beginsel, waarvan hierboven sprake was; de gedaagde is niet eenvoudig verbonden tot teruggave van de door hem genoten bevoordeeling, maar hij is verplicht den eischer zooveel terug te geven als deze hem had gegeven of althans uit het vermogen van den eischer op den gedaagde was overgegaan. Het standpunt van den eischer is derhalve geheel beslissend. Trouwens is het in het algemeen, vooral wanneer het voorwerp der verbintenis iets anders is dan geld, niet altijd duidelijk naar welk tijdstip men de verrijking van den gedaagde heeft te berekenen, op dat van de verkrijging (cf. l. 17 D. 4. 2) of op dat van de vordering. Ook op dit punt kan voor de verschillende gevallen een verschillende regeling gepast zijn.

terugvordering toe te kennen van hetgeen gegeven was zonder voldoende oorzaak. De condictio sine causa werd nog toegekend in allerlei gevallen, waarin verrijking had plaats gehad zonder dat eigenlijk iets was gegeven; ook omtrent dat punt zouden dan nadere bepalingen gewenscht zijn. Hetzelfde beginsel kan in het contractenrecht in toepassing komen, hetzij als dwingend, hetzij als regelend recht; zoo wellicht bij het pachtcontract, ten aanzien van de door den pachter aangebrachte verbeteringen. Volgens de Duitsche wisselwet blijven de trekker en de acceptant, die door het verzuim van protest of door verjaring van de wisselverbintenis ontslagen zijn, toch jegens den houder „so weit, als sie sich mit dessen Schaden bereichern würden, verpflichtet"[1]); practisch verschilt deze regel niet veel van de bepalingen onzer wet, maar hij is zeker eenvoudiger. Eveneens wordt dat beginsel erkend bij de verbintenissen van onbekwame personen; zij kunnen zich op dát gebrek beroepen, maar de verplichting wordt hun toch opgelegd om af te geven alles waardoor zij gebaat zijn geworden (art. 1487[2]). Zoo ook bij de verbintenis tot teruggave der vruchten bij rechtsvorderingen als die van artt. 629 en 881; in billijkheid mag zeker het beginsel worden gesteld, dat de gedaagde heeft af te geven wat bij het instellen der vordering nog over was; dat dit beginsel echter niet gemakkelijk in de verschillende gevallen is toe te passen, behoeft geen betoog. Van den anderen kant mag ook de eischer zich niet verrijken ten koste der tegenpartij; daarop berust weêr zijne verplichting om de gemaakte onkosten te vergoeden.

---

[1]) Wechselordnung § 83.

[2]) Eveneens bij art. 1423. Iets anders in het geval van art. 1421. De betaling is dan van waarde „voor zooverre de schuldeischer daardoor werkelijk gebaat is geworden", en diezelfde woorden vinden wij in art. 1423. Maar bij art. 1421 is er een vertegenwoordiging van den schuldeischer; de derde kan ontvangen als lasthebber, maar eveneens als de schuldeischer de betaling goedkeurt of als hij gebaat is geworden; 't is dan zaakwaarneming, en de geheele schuld is daarbij gedelgd. Verg. over de verwarring, die soms tusschen beide gevallen gemaakt wordt, mijne Verklaring III. 1, bl. 310 n. 2.

Reeds een vluchtig overzicht toont ons, dat het beginsel: verrijking ten koste van anderen is ongeoorloofd, ook in het positieve recht veelvuldige waardeering ontmoet. Maar werkelijk vruchtdragend is het alleen dan, wanneer het nader wordt uitgewerkt; het blijkt trouwens reeds in de gevallen, waarin men dit beproefd heeft, dat het geen gemakkelijk werk is. Een reden om ons te ontmoedigen is dit zeker weder niet; maar wel een reden om met groote omzichtigheid te werk te gaan. Bepaaldelijk acht ik het noodzakelijk, ook hier de onderscheiding vast te houden tusschen het al of niet aanwezig zijn van schuld; in het eerste geval moet volle vergoeding verschuldigd zijn, in het andere kan deze beperkte verplichting ter sprake komen [1]).

Nog eene opmerking ten slotte. Wanneer wij de resultaten overzien, waartoe het voorafgaande onderzoek ons leidde èn van het bestaande recht, èn van het recht zooals het zou gewenscht mogen worden, dan ligt het besluit voor de hand, dat het eerste ons zeker niet bevredigt, maar dat ook het privaatrecht der toekomst waarschijnlijk niet zooveel zal kunnen geven als sommigen daarvan verwachten. Over de wenschelijkheid van beter en billijker recht — ook van recht in meer socialen geest — zullen allen het eens zijn, niet alleen zij die meenen nieuwere richtingen in de rechtsvorming te moeten aannemen, maar ook de anderen, die bezwaar maken

[1]) Het sluit althans minder goed met den regel van art. 1401, als b.v. bij de condictio indebiti de verplichting tot geheele vergoeding alleen bij kwade trouw en niet reeds bij schuld wordt opgelegd, en dat ook bij eigendomsverkrijging door natrekking en dergelijke gevallen gevraagd wordt naar goede of kwade trouw. Ook hier is weder al te veel van de Romeinen overgenomen; wat zij hadden aangenomen, hing veelal samen met oudere instellingen, die voor ons zeker vreemd zijn en geheel vreemd behoorden te blijven.

met hen daarin mede te gaan. In het bijzonder zullen wel allen overtuigd zijn van dit eene gewichtige punt, dat er in onze maatschappij een stuitende ongelijkheid bestaat in de verdeeling der stoffelijke goederen, dat velen ook buiten alle schuld volslagen misdeeld blijven. Wij zagen (bl. 176), dat in menig geval een betere regeling van het arbeidscontract hulp kan brengen, en wellicht kan ook bij andere gevallen van huur van diensten het een en ander ten bate van den verhuurder, van dezen „economisch zwakkere", worden bepaald. Maar waar niet gecontracteerd is, waar niemand zich verbonden heeft, daar ligt de grootste moeilijkheid en daar vooral geldt de vraag, waarover verdeeldheid bestaat, nl.: Wat kan het privaatrecht ons geven tot opheffing van de groote misstanden? Omtrent dit punt heeft de een breedere opvattingen dan de ander; ik herhaal echter, het verschil betreft alleen de rol, die aan het privaatrecht in ons maatschappelijk leven kan worden toegewezen. Ik kan niet anders aannemen dan dat die rol een zeer bescheidene moet zijn.

Ongetwijfeld, hoog verheven boven het beginsel van het privaatrecht — met zijne erkenning van subjectieve rechten, die geldig gemaakt kunnen worden onverschillig of men bij de uitoefening belang heeft en of niet andere personen meer belang hebben bij de niet-uitoefening — staat dat van de Christelijke liefde, die geeft niet omdat een ander recht, maar omdat hij behoefte heeft, en die dringt tot erbarmen en tot helpen, zelfs al ware die behoefte het gevolg van eigen schuld. Slechts ééne grens geldt hier, de mogelijkheid, de macht om te helpen. Aan die moreele verplichtingen wenscht men het privaatrecht zijn sanctie in veel ruimere mate te doen verleenen dan thans het geval is; het wil mij echter voorkomen dat die wensch niet dan in geringe mate zou kunnen worden verwezenlijkt.

Wil dat zeggen, dat het hooge Christelijke gebod van liefde tot den naaste eenvoudig een moreel gebod moet blijven? Als er werkelijk behoefte bestaat, is het dan niet de taak der maatschappij den nood te lenigen? Niemand is er zeker, die het zal tegenspreken. Op de gemeenschap en op al hare

leden rust de verplichting om waar het mogelijk is de zwakken te steunen, de zwaar beladenen te ontlasten. De Staat heeft die verplichting te bevestigen en voorzoover noodig te regelen. Hij richte zich daarbij naar het in zijn eenvoud zoo schoone beginsel, dat ieder zijn naaste heeft lief te hebben als zich zelven, niet meer, niet minder. De sociale wetgeving is op menig punt zelfs zeer grondig onder handen te nemen, en waar dit van nut kan zijn, moet zeker de ontwikkeling en de hervorming van het privaatrecht niet worden verwaarloosd. Maar veeleer is het staatsrecht hier het aangewezen terrein, waar gewerkt moet worden; de Staat moet voor zich nemen aan den eenen kant den last om te helpen, waar de behoefte blijkt te bestaan, van den anderen kant het recht om zich de daartoe noodige middelen te doen geven door hen die daartoe in staat zijn. Veel wijsheid wordt vereischt om de evenredigheid te vinden tusschen hetgeen hij geven en hetgeen hij nemen zal. Velerlei hulp en ondersteuning wordt verlangd, en groote offers moeten daarvoor worden gebracht; voor de dubbele vraag wordt men daarbij gesteld, hoeveel hulp kan worden verstrekt in verband met de op te leggen offers, en hoe hoog die offers gesteld mogen worden in verband met de behoeften [1]). Daarbij moet de billijkheid worden betracht en evenzeer het practisch belang der gemeenschap. Dat niet eenzijdig aan bepaalde groepen — hetzij bij het geven, hetzij bij het nemen — te veel welwillendheid moet worden betoond, is duidelijk, hoewel niet altijd gemakkelijk vol te houden. „Richesse oblige" is op deze plaats ongetwijfeld een waar woord [2]); de Staat zal zeker zonder schroom bij de meer vermogenden kunnen aankloppen. Intusschen ook die Richesse heeft hare grenzen; bij al de eischen, welke aan de gemeenschap worden gesteld, denkt men allicht te hoog — dikwijls zelfs in het geheel niet —

[1]) Bij deze beschouwingen heb ik weder het oog alleen op de bestaande organisatie der maatschappij. De toekomst zal wellicht regelingen medebrengen, waarbij de Staat veel krachtiger optreedt; maar lang zal het zeker nog duren voordat de Staat direct en uitsluitend de voortbrenger en verdeeler van alle goederen is geworden.

[2]) Zie hierboven bl. 171.

aan de draagkracht dier gemeenschap. Ook hier loopt men gevaar in een dergelijke eenzijdigheid te vervallen, als wij soms meenden aan te treffen bij de voorstellen tot de erkenning van nieuwe privaatrechtelijke verbintenissen [1]).

Naast de aansprakelijkheid van den Staat voor schade, van zijnentwege toegebracht, staat zijne taak om alle ellende te lenigen, voorzoover dit in zijn vermogen is. De onderscheiding ligt zeker voor de hand, maar toch is het te betwijfelen of zij altijd wordt volgehouden; aanleiding tot verwarring kunnen althans de voorstellingen geven, die veelal gehuldigd worden omtrent de verantwoordelijkheid van den Staat voor schade, door onrechtmatige daden toegebracht. De privaatrechtelijke verantwoordelijkheid wordt soms ontkend; men meent, dat bij rechtspersonen in het algemeen geen schuld kan bestaan [2]). Toch pleegt men dan de aansprakelijkheid op practische gronden noodzakelijk te achten, en bepaaldelijk voor hen die de toerekenbaarheid niet als een vereischte der verplichting tot schadevergoeding beschouwen, is er geen reden om haar ook niet aan den Staat op te leggen. Daarbij wordt intusschen het bedrag der vergoeding allicht beperkt, m. a. w. er wordt eerder eene tegemoetkoming toegekend, dan een eigenlijke schadevergoeding [3]). Is er schade toegebracht door daden

---

[1]) Verg. o. a. hierboven bl. 137v.

[2]) Verg. Opzoomer IX, bl. 190 n. 1. Savigny, System II, bl. 310v.

[3]) Men zal hier wel hebben te onderscheiden. Geldt het gevallen, waarin de schuld van den gedaagde geen vereischte is voor de aansprakelijkheid, dan is er zeker geen grond om den Staat vrij te laten; schade, door onderhoorigen of door zaken die men onder zijn opzicht heeft veroorzaakt (artt. 1403v., zie hierboven bl. 164v.), zal een rechtspersoon hebben te vergoeden evenzeer als een natuurlijk persoon. Bij schade, door de bestuurders, de organen van den rechtspersoon, toegebracht, is er wel bezwaar tegen het aannemen eener verbintenis, die „schuld" vereischt; de bestuurders kunnen voor hunne schuld aansprakelijk worden gesteld, maar hunne schuld is nog niet die van den rechtspersoon, tenzij in gevallen waarbij zij hem vertegenwoordigen, en het mag juist betwijfeld worden of hun een macht van vertegenwoordiging ook ten aanzien van onrechtmatige daden is toegekend. Natuurlijk is hiermede niets gezegd tegen de wenschelijkheid om een

van staatsrechtelijken aard, ten gevolge van veronachtzaming der plichten, in het belang der gemeenschap aan het bestuur van den Staat of van zijne deelen opgelegd, dan is de jurisprudentie in den laatsten tijd deze, dat de daardoor benadeelde geen vordering op grond van artt. 1401v. B. W. kan instellen. Bezondigen zich de organen der publiekrechtelijke lichamen bij het uitoefenen hunner hoogheidsrechten, hunner rechten van regeering, dan zijn althans de bepalingen van het burgerlijk wetboek niet toereikend om eene schadeactie te vestigen [1]). Bekend is het geval van den schipper, die met zijn schip op een onzichtbaren paal in het gemeentevaarwater was gestooten en daardoor belangrijke schade had geleden. Zijn eisch tot vergoeding werd door de rechtbank van Leeuwarden afgewezen, op grond dat er hier geene privaatrechtelijke verplichting der gemeente bestond tegenover bijzondere personen, waaraan dezen een recht van veiligheid op het vaarwater zouden ontleenen. Het hof besliste in tegenovergestelden zin, conform aan de conclusie van den procureur-generaal [2]); wel is er in zoover geen rechtsband tusschen het publiekrechtelijke lichaam en bijzondere personen, dat er geen burgerlijke actie openstaat om dat lichaam tot nakoming zijner publiekrechtelijke verplichting (cf. art. 179*h* Gemeentewet) te dwingen, maar dat onthief die lichamen niet van de aansprakelijkheid tot vergoeding der schade, door verzuim of nalatigheid in die verplichtingen aan bijzondere personen veroorzaakt; het algemeen gestelde art. 1402 is ook hier toepasselijk [3]). De Hooge raad, bij arrest van 29 Mei 1896,

---

aansprakelijkheid van den rechtspersoon in zulke gevallen aan te nemen. Maar ik zoude deze toch gaarne uitdrukkelijk bepaald en ook nader geregeld willen zien; alleszins gepast ware althans eene verbintenis van den rechtspersoon tot afgifte van verrijking, zooals ik hierboven bl. 182v. ook bij delict door vertegenwoordigers van onmondige personen aangaf.

[1]) Oppenheim, Gemeenterecht, bl. 552.

[2]) Arrest van 28 Sept. 1895, W. 6707.

[3]) Verg. verder over dit geval Oppenheim, Gemeenterecht, Aanhangsel, bl. 732v.

W. 6817, conform de conclusie van den advocaat-generaal van Maanen, konde zich echter met die meening niet vereenigen; niet alleen het recht om te noodzaken tot nakoming, maar ook het recht om de schade te vergoeden bij nietnakoming werd ontkend [1]). Intusschen, ook waar men geene aansprakelijkheid volgens het positieve recht meent te mogen aannemen, omdat het burgerlijk wetboek alleen regelen stelt ten aanzien van burgerlijke betrekkingen, acht men toch in jure constituendo een verplichting tot vergoeding niet meer dan billijk: de Staat, die rechtstaat is, kan zich aan die aansprakelijkheid niet onttrekken [2]). Ik kan dit voor een deel toegeven; die aansprakelijkheid zoude dan echter niet alleen door de wet bevestigd, maar eveneens nader geregeld moeten worden; en daarbij zal men zich weder hebben te wachten voor een eenzijdige behartiging van de belangen van den benadeelde. De „objektive Ausgleichung" kan hier allicht voor den Staat, en nog eerder zeker voor eene gemeente, hoogstbezwarend, soms feitelijk onmogelijk worden. Men heeft ook hier weêr het: Casum sentit dominus toegepast [3]); den Staat noemt men den dominus (het hoofd der domus) bij uitnemendheid; en eveneens spreekt men van het deelen der schade onder de leden der gemeenschap [4]). Wij zouden ook den Staat zelf tot die ondernemingen kunnen rekenen, welke de schade hebben te dragen, ook buiten alle schuld door haar veroorzaakt; zooals Unger het weder noemt, de Staat „handelt auf eigene Gefahr". Intusschen moeten wij niet ver-

---

[1]) Wij zagen hierboven, bl. 17, dat Mr. Belinfante de gemeente wel aansprakelijk zou rekenen.

Mr. van Maanen maakte nog de opmerking, dat men anders zou hebben te beslissen, wanneer het publiekrechtelijke lichaam als eigenaar ware aansprakelijk gesteld, en eveneens wanneer er sprake ware van schuld van onderhoorigen. Zie hierboven bl. 188 n. 3.

[2]) Cf. Mr. Arntzenius in Themis 1895, bl. 1v. Ook de gemeente Leeuwarden bleek zulk een zedelijke verplichting te erkennen; zij bood een zeer ruime tegemoetkoming aan.

[3]) Verg. bl. 164.

[4]) Verg. bl. 175.

geten, dat eene onderneming dergelijke schadeposten op hare onkostenrekening kan brengen, terwijl de Staat of de gemeente daartoe de ingezetenen zal hebben aan te spreken. Bovendien zal een onderneming, die dergelijke gevaren niet zou gelieven te dragen, eenvoudig niet moeten worden opgericht; maar dat Staat of gemeente niet de vrije keus hebben de zaken al of niet voort te zetten, ligt voor de hand. Aangenomen dus, dat op den Staat een dergelijke zedelijke verplichting rust om de schade, door publiekrechtelijke onrechtmatige daden ontstaan, te vergoeden, hij zoude door aan die verplichting te voldoen wellicht tot onrechtvaardigheid vervallen tegenover de andere leden der gemeenschap, en ten slotte — ik denk hier vooral aan de gemeente en aan gevallen van zeer belangrijke schade [1]) — misschien zichzelf vernietigen. Behalve eene volledige schadevergoeding is echter mogelijk het geven van een tegemoetkoming, geheel naar de omstandigheden; en het wil mij voorkomen dat velen, die een aansprakelijkheid van den Staat voor de bedoelde onrechtmatige daden voorstaan, eigenlijk niet meer dan een dergelijke tegemoetkoming bedoelen. Ik ben het eens met Unger, bl. 97 v., waar hij de schadevergoeding aan onschuldig veroordeelden bepleit; de Staat voert het scherpe zwaard der gerechtigheid te zijnen bate, maar dan evenzeer te zijnen laste; dwaalt hij, hij doet het „auf eigene Gefahr." Maar dan toch ten slotte op gevaar der andere burgers, en dezen hebben geen schuld; misschien heeft zelfs niemand schuld [2]). Is bovendien niet in dit geval toepasselijk, wat Unger op bl. 130 opmerkt van het geval van den onschuldig aangehoudene, nl. dat de handhaving der gerechtigheid gevaar zou loopen door financieele overwegingen verlamd te worden? Zoo zullen ook bij de vaststelling en regeling van al dergelijke punten al-

---

[1]) Zie b.v. de wet van 10 Vendém. an IV, over aansprakelijkheid der gemeente voor schade, door aanslagen op personen en goederen in de gemeente toegebracht.

[2]) Met Merkel, Encycl. 683, zou men eerder aan eene analogie met onteigening kunnen denken.

lerlei overwegingen van practischen aard zich moeten doen gelden; een algemeen beginsel, dat het geleden nadeel moet worden vergoed, kan daarbij niet worden gesteld. Dat ook Unger zelf in het algemeen, waar hij spreekt van vergoeding, toch veelal zich tevreden wil stellen met een gedeeltelijk herstel van het nadeel, waren wij reeds meermalen in de gelegenheid op te merken. Maar als wij dit alles nagaan, dan blijkt met die aansprakelijkheid van den Staat voor de schade, door publiekrechtelijk onrechtmatige daden veroorzaakt, eerder een verplichting bedoeld te zijn tot het geven eener tegemoetkoming, naar de omstandigheden te berekenen, m. a. w. dan valt zij eerder onder de algemeene taak van den Staat om allen nood te lenigen voorzoover dit in zijn vermogen is. Het moet tot allerlei verwarring leiden, wanneer men daarbij aan een toepassing van de regelen van artt. 1401 v. wil denken. Van die regelen is dan evenmin sprake als bij de gevallen van aansprakelijkheid zonder schuld, waarover hierboven op bl. 168 v. gehandeld werd.

Die taak van den Staat moge zoo breed worden opgevat als slechts mogelijk is, in zeer socialen zin zelfs, maar bij al zijne veelzijdige verplichtingen heeft hij zich streng rekenschap te geven van al de belangen welke hij te behartigen heeft, die van de gemeenschap en die van de bijzondere leden. Als hoofd der domus heeft hij acht te slaan op alle behoeften, maar evenzeer op de mogelijkheid om den last op anderen over te dragen. In zoover komen de hem voorgelegde problemen in menig opzicht overeen met die, welke zich bij artt. 1401 v. voordoen. Niet de aanspraken, de rechten alleen, maar ook de noodzakelijk daarmede samengaande verplichtingen moeten worden overdacht en geregeld. Dat vraagstuk van de verplichtingen — ik wees er reeds op, hierboven bl. 137 — levert hier weder de grootste moeilijkheden op.

